LA VOLUNTAD

EN

LA POSESIÓN

CON LA CRÍTICA DEL MÉTODO JURÍDICO REINANTE,

POR

RODOLFO VON IHERING

VERSIÓN ESPAÑOLA

DE

ADOLFO POSADA,
Profesor en la Universidad de Oviedo.

SEGUNDA PARTE
DE LA
TEORÍA DE LA POSESIÓN

MADRID
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACIÓN
á cargo de José María Sardá
Ronda de Atocha, núm. 15, centro.

1896

OBRAS DE ADOLFO POSADA

	Pesetas.
Principios de Derecho político.—Introducción.—1 vol.......	7,50
Tratado de Derecho político.—Tomo I. Teoría del Estado.—Tomo II. Derecho constitucional comparado............	12 ,50
Guía para el estudio y aplicación del derecho constitucional.—1 vol..	3
Introducción al Derecho administrativo y organización administrativa española.—1 vol.........................	5
La administración política y la adm.nistración social.........	5
Programa de elementos de Derecho político y administrativo español.—1 vol....................................	2
Estudios sobre el régimen parlamentario en España...—1 vol.	0,50
Teorías modernas acerca del origen de la familia, de la sociedad y del Estado.—1 vol..............................	2
La enseñanza del Derecho en las Universidades: estado actual de la misma en España y proyectos de reformas.—1 vol....	2
Ideas pedagógicas modernas.—Prólogo de *Clarín*..	3
El amor y el sexo, cartas sobre la educación de la mujer (en colaboración con el Sr. G. Serrano)................. ..	1

TRADUCCIONES

La lucha por el Derecho, de R. von Ihering, con un prólogo de L. Alas (Clarín).—1 vol.........................	2
La quinta esencia del socialismo, por Schäffle (con notas en colaboración con D. A. Buylla)	2
Principios de política, de Holtzendorff (con notas en colaboración con D. A. Buylla)............................	8
La ciencia social contemporánea, de A. Fouillée (con notas)..	8
Las transformaciones del Derecho, de G. Tarde (con notas)..	6
La criminalidad comparada, de G Tarde (con notas)........	3
La educación y la herencia, de J. M. Guyau (con notas).....	8
Tratado de las pruebas, de Ricci (en colaboración con A. Buylla)..	20
Cuestiones jurídicas, de R. von Ihering...................	4

La Legislación penal comparada, de Liszt (en publicación).

La prehistoria de los Indo-europeos.—Obra póstuma de R. von Ihering.

De la certidumbre en los juicios criminales, por Pedro Ellero.

EN PRENSA

Tratado de Derecho administrativo, según las teorías filosóficas y la legislación positiva (dos tomos).

Theories modernes sur l'origine de la famille, de la societé et de l'Etat, traducida al francés por M. Fr. de Zeltner (Bibliotheque sociologique internationale).

EN PREPARACIÓN

Pedagogos de acción.

ADVERTENCIA.—La primera parte del estudio sobre la *Posesión* de R. von Ihering, es la *Teoría de la posesión.—El fundamento de la protección posesoria.* (Versión española con el retrato del autor, aumentada con notas críticas y un estudio preliminar por A. Posada).—1 vol., 4 ptas.



PRÓLOGO

Cumplo ahora una promesa que hice veinte años ha, al publicar mi Tratado sobre *La Protección posesoria* (1), en mis *Anales* (V. 9. p. 2). Este Tratado anunciábase entonces como un primer estudio sobre la *Teoría de la Posesión*, al cual deberían seguir otros tres: sobre la naturaleza jurídica de la posesión,—sobre el *animus domini*,—y sobre el *constitutum possessorium*. He renunciado definitivamente al primero y al tercero, respecto de cuyos asuntos he tenido ocasión, posteriormente, de exponer mis opiniones (2); ocasión que no se me ha presentado para el segundo estudio; cosa que además no hubiera sido posible de no tratar el *animus domini* muy de pasada (3). Se requería, en verdad, reunir una porción de materiales tomados de las fuentes, hacer la crítica detenida del derecho imperante, tanto

(1) Véase la traducción española de esta monografía, *Teoría de la Posesión—El fundamento de la protección posesoria.*—Versión española, con el retrato del autor, aumentada con notas críticas, y con un *Estudio preliminar sobre la vida y obras de Ihering*, por A. Posada; Madrid, 1892.

(2) Véase, acerca del primero, *El Espíritu del Derecho romano*, tomo 4.°, páginas 365 y siguientes, y en el presente libro, al final del cap. V; acerca del tercero, ver en este mismo libro el cap. X.

(3) Véase la nota 11 del cap. IX del presente libro.

desde el punto de vista de los principios, cuanto desde el punto de vista del procedimiento y de la legislación, sin olvidarse tampoco del aspecto histórico que tan valiosas indicaciones procura.

El *animus domini* señala el punto de partida de mis vacilaciones acerca de la exactitud de la teoría de la posesión de Savigny. Leyendo las fuentes, me he encontrado con textos que no es posible armonizar con ellas, y de los cuales he hablado en el cap. XV. Tales textos produjeron en mí la convicción de que, para determinar ante las condiciones legales exteriores de la posesión, ó del *corpus*, si hay posesión ó tenencia, en materia de posesión derivada, lo decisivo, en mi concepto, aunque sea en contra del sentimiento y de la intención de las partes, no es la diversidad de la voluntad de poseer, sino la naturaleza de la relación existente; la *causa possessionis* ó el momento causal de la posesión, como yo la llamo. Esta opinión data de los primeros años de mi enseñanza académica, y recuerdo perfectamente habérsela comunicado al hoy difunto Marezoll, sin que, no obstante, hubiera logrado convencerle.

En un principio vacilé antes de introducir esta doctrina en mis cursos, considerando necesario someterla á un largo y detenido examen. Luego que hubo resistido completamente todas las pruebas, pensé que no había ya motivo alguno de vacilación para enseñarla en mi curso de Pandectas, si bien persistí en omitirla, aunque por razones meramente dialécticas, en mi curso de Instituciones.

Por este tiempo, mi teoría no revestía la forma que más tarde he reconocido como verdadera; lo cual hace

que no sienta haber tardado más de cuarenta años en publicarla. Entonces la denominaba la *Teoría de la causa*, y en esta obra, en el cap. IX, va un examen crítico de ella desde el punto de vista de la prueba.

Me he visto obligado á mencionar ese primer aspecto de mi teoría, porque la parte esencial de ella fué lanzada á la publicidad, con su propio nombre, por uno de mis antiguos discípulos de Giessen (de 1852 á 1868), Procurador imperial en Leipzig, M. Reuling, en un artículo crítico inserto en la *Zeitschrift für Handelsrecht*, V. 17, páginas 320 y siguientes (1872). A instancia mía, me hizo saber que tiene la convicción de haber formado por sí mismo su opinión, de un modo totalmente independiente, y como me dice que no ha escrito mi curso, no veo en ello nada de extraño. ¿Cómo saber, en verdad, cuándo germina la semilla lanzada en nuestro campo por mano ajena? Yo no pongo en duda, de ninguna manera, lo que me afirma; pero me he considerado en el deber de hacer valer mi derecho de prioridad, para evitar la censura de no haber mencionado á un autor que me ha precedido en el camino que yo sigo. Es el único de quien pueda hablarse en este caso: todos los demás se atienen aun en principio, á la condición de una voluntad de poseer especial para la posesión.

Los cuadernos que otros de mis discípulos han escrito por esta época, y en los cuales se encontrará, no solo la parte esencial de mi opinión, reproducida por Reuling, sino también todos los materiales de que yo me he servido para justificarla, disiparán toda duda acerca del hecho que indico.

La publicación de mi teoría en una Revista jurídi-

ca extranjera, por uno de mis oyentes extranjeros, en estos últimos años, no puede ni debe preocuparme, pues no tengo por qué temer por ese lado que se discuta su prioridad.

Mi obra anuncia desde luego, por su doble título mismo, que no ha querido contraerse á la mera construcción de la Teoría de la voluntad en la posesión. Esta tarea no hubiera sido de suficiente importancia para entretener mi trabajo, y separarme del estudio de otros problemas más graves, que desde tiempo ha reclaman mi atención y excitan mi curiosidad. No podía prometerme un resultado práctico; la práctica, en efecto, podía prescindir de mi trabajo, porque con un tacto muy fino había entrado ya en el camino que yo quería indicarla. El único resultado que mi trabajo puede tener para ella, es hacerle reconocer que, hasta en teoría, he tenido razón. El proyecto de Código civil, que, entretanto, me vino á proporcionar una ocasión inesperada de hacer una aplicación práctica de mi teoría, no se había publicado en esta época.

Todas estas consideraciones me hubieran contenido de escribir este libro, si el plan del mismo hubiera tenido que desarrollarse en los límites indicados. La autorización que acostumbro á dar á mis oyentes para publicar con mi nombre las ideas que yo profeso, después de mi muerte, ó aunque sea en vida, previo el correspondiente permiso, me hacían creer que había hecho lo suficiente, para que un día mi teoría del *animus domini* llegara á conocimiento del público. Los materiales que yo les he proporcionado, aun cuando queden muy por debajo de los que he reunido en esta obra, bastan, no obstante, para que el mundo jurídico

pueda formar su juicio acerca de esta teoría. Si, á pesar de todo, me he decidido á elaborar la teoría de que se trata, es sólo con el propósito de hacer resaltar la diferencia que existe entre dos métodos de la teoría del derecho: el *método formalista ó dialéctico*, y el *método realista ó teleológico*.

En un principio tuve la intención de determinar, al fin de este trabajo, la oposición de los dos métodos, y á este efecto había escrito ya un capítulo final. Pero la materia tratada adquiría un desenvolvimiento tal, que hubiera alargado con exceso el libro. En vista de esto, me ha parecido más conveniente dejar para más tarde esta explicación de principios; por otra parte, el lector que siga atentamente mis demostraciones no advertirá su falta.

Aunque en mi juventud fuí entusiasta partidario de la tendencia formalista, poco á poco me he convencido de su falsedad, y al fin no he dejado un momento de combatirla. Primeramente lo hice en varios artículos publicados sin dar mi nombre, anónimos (1) —1861-1863—(2); más tarde, en mi *Espíritu del Derecho romano* (V. IV, § 60; 1864); luego, en mi trabajo sobre *El fundamento de la protección posesoria*

---

(1) Publicáronse primero en el *Preussische* y más tarde en el *Deutschel Gerichtszeitung*, como *Cartas confidenciales de un desconocido sobre la jurisprudencia actual*, habiendo sido reproducidas en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*.

(2) Recientemente se han publicado en dos distintos libros interesantes estudios sobre el sistema jurídico de von Ihering; estudios donde el lector puede formarse una idea de conjunto de la gran obra realizada en la filosofía del derecho por el ilustre jurisconsulto. Los libros á que me refiero son los siguientes: Dr. Igino Petrone, *La Fase recentisima della Filosofia del Diritto in Germania*, páginas 46 78 (Pisa, 1895); C. Bouglé, *Les Sciences sociales en Allemagne.— Les methodes actuelles*, páginas 102 141 (París, 1896).—*(N. del T.)*

(1867), y, por último, en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884). Esta misma convicción es la que me ha inspirado la idea de una gran obra, titulada: *Zweck im Recht* (El fin en el Derecho). Para acabar con el apriorismo de los conceptos en la jurisprudencia, nada he encontrado mejor que presentar la prueba de que en derecho la idea de fin es la única potencia creadora, y que el imperio que se atribuye la lógica es usurpado. La imposibilidad, que en el curso de esta última obra he podido advertir, de limitar exclusivamente mi demostración al derecho, me ha llevado al terreno de la moral y de las costumbres, para completar allí también esta idea. Según su forma actual, la obra debería realmente titularse: *Das teleologische System der sittlichen Weltordnung* («El sistema teleológico del orden moral del mundo»). En el último capítulo me he propuesto, después de haber demostrado, en principio, con la historia en la mano, el alcance de la idea de fin, exponer esta idea en su aplicación especial al estudio científico del derecho, tanto en las doctrinas generales (1), como con relación á las más importantes instituciones jurídicas.

Entre estas últimas he escogido especialmente la posesión, para mostrar, tomándola por vía de ejemplo, la falsedad y la completa esterilidad científica del método dialéctico, así como la fecundidad de la idea de

(1) A título de ejemplos pueden citarse: El fin como principio de interpretación—como el aspecto verdadero de lo que se llama la naturaleza de las cosas—como límite del alcance práctico de las nociones jurídicas (P. 515, nota 1.ª), y de la aplicación del derecho—como principio secundario de clasificación científica, en particular en el derecho de las obligaciones (por ejemplo, para los modos de extinción de las obligaciones), etc.

fin, esto es, la exactitud del método realista. Entretanto me he llegado á convencer de que todo eso no hubiera sido posible realizarlo en el espacio reducidísimo que yo creía poder dedicarle; y así he separado el fragmento más importante de la teoría de la posesión, para tratarlo de la manera indicada.

Préstase, á la verdad, mejor que cualquier otra institución jurídica. En parte alguna la lógica jurídica ha producido un escándalo tan grande, ni ha llegado á ban carrota tan completa como en la teoría del *animus domini*. A esta consideración, que por sí sola bastaría para haber guiado mi elección, juntóse el interés histórico literario, que precisamente puede reclamar la teoría posesoria para la demostración que me propongo hacer. La tendencia, de que daré algunos ejemplos, no era nueva á principios del siglo; pero ha sido posteriormente apoyada por Savigny de una manera tal, que bien podemos atribuirle todo el imperio que al fin ha alcanzado. Su obra acerca del derecho de posesión, por los méritos eminentes de que puede vanagloriarse, ha conducido á la ciencia alemana por el camino que le ha trazado.

Quien desee combatir una falsa tendencia, debe buscar á aquel que ha sido el primero en seguirla y el punto donde ha comenzado. Por esta razón he elegido á Savigny y la teoría de la posesión, tanto en mi obra acerca del *Fundamento de la protección posesoria*, cuanto en la presente.

Se *rechazan* las opiniones falsas, pero es necesario *combatir* las tendencias falsas. Respecto de las primeras, basta oponer la verdad al error; sólo la susceptibilidad personal, ó la presunción, pueden introducir un

tono destemplado en la polémica científica con el adversario. Respecto de las segundas, por el contrario, se necesita más: el que quiera combatir, debe tomar las armas en la mano, y debe elegirlas tanto más cortantes y mortíferas, cuanto más terrible sea el adversario; su intención es vencerle; si no lo logra, habrá de sucumbir él mismo, sin que sus mayores esfuerzos logren otra cosa que agravar su derrota.

Tal es la suerte que corro. Tengo el convencimiento de haber puesto en pleito mi nombre científico, en esta obra, de una manera tal, que si las censuras y las acusaciones que contra Savigny lanzo son infundadas, el perjuicio que experimentaré será irreparable. He criticado sin piedad, y quien me quiera mal podrá tildarme de ingrato, aun sin pararse á considerar el pleno homenaje que rindo á los méritos de Savigny. Pero ¡qué importa! Si la obra progresa, nada me preocupa mi persona. No hay modo de alcanzar un gran fin sin exponer su propia personalidad. Puchta y Bruns—para no citar más que á los muertos—me han proporcionado también ocasión de agudas polémicas, y, sin embargo, venero en ellos dos hombres á quienes, después de Savigny, coloco en el primer puesto entre los romanistas de nuestro siglo, y con quienes yo he mantenido personalmente relación estrecha; todo lo cual no me ha impedido sacrificar la persona á la obra. Más quisiera en este punto haber pecado por exceso, que por defecto para la seriedad de mi trabajo.

Mi crítica no sólo ha sido sin contemplaciones, sino también muy minuciosa. He seguido paso á paso, en todos sus desvaríos, la teoría del *animus domini*, fijándome en sus lados débiles, en sus faltas, en sus erro-

res. Me he complacido en ahondar en el error, cual si contuviera la verdad más preciosa. La tarea ha sido dura. Me atrevo á afirmar que es este el trabajo más ingrato que he realizado durante toda mi vida literaria, debiendo explicarse la pereza con que lo he emprendido, por la aversión que hacia él sentía. La idea de que era preciso llevarlo á cabo, pues de otro modo quedaría mi obra incompleta, me ha impulsado al fin á tomar la pluma y á acometerlo sin perdonar medio ni esfuerzo. No hubiera sido necesario tanto, si hubiera bastado demostrar que la teoría del *animus domini* es insostenible. En tal caso, mi trabajo no hubiera pasado de la cuarta parte de su extensión actual; más de las tres cuartas partes han sido consagradas á la tarea que me había impuesto en primer lugar, de mostrar la oposición de los dos métodos.

Este mismo fin es el que también me ha impulsado, en la exposición positiva de mi propia opinión, más allá de lo que era inmediatamente necesario, y á aprovechar todas las ocasiones ofrecidas para poner en claro la exactitud y la fecundidad del método realista. En su virtud, no he vacilado en hacer un examen profundo de ciertos puntos de vista de carácter incidental; debía servirme para que se pudiera comprender el método y para someterlo á la prueba: esto explica, por último, ciertas indicaciones y advertencias que de otro modo hubiera suprimido.

Era preciso entrar en estos detalles para poner al lector por adelantado en situación adecuada de juzgar la obra. La total economía de la misma sería falseada, no explicándose su actual desenvolvimiento, si se tratase sólo de la teoría del *animus domini*: en tal supues-

to, repito, jamás hubiera escrito este libro, ó, de escribirle, lo hubiera dado otra forma muy diferente. El único fin que he perseguido, es el de mostrar al mundo jurídico la diferencia de los dos métodos. Si no lo lograse, sentiré el trabajo empleado.

La obra está para imprimirse desde Diciembre de 1887. Fué hecha por partes, que pasaron á manos del impresor según las iba terminando. Esto explicará que no hayan sido tomadas en consideración, sino hacia el fin, varias obras, y el mismo Proyecto de Código civil alemán. Entre estas obras citaré la del Conde Leon Pininsky, *Der Thatbestand des Besitzeserwerbs*. El autor advierte en su prefacio que «todo lo que él ha dicho ha sido considerado sin valor». Aprovecho esta ocasión para manifestarle, por lo que á mí toca, el reconocimiento merecido por su sólida manera de investigar y por la independencia de su pensamiento. El trabajo es, á mi ver, digno de figurar entre los donativos más preciosos que la ciencia alemana suele recibir de Austria, después del vigor que desde hace diez años ha alcanzado en ese país, y que constituye, en mi concepto, uno de los más felices progresos del siglo.

No terminaré este Prólogo, sin manifestar antes mi profunda gratitud por el favor que se me ha dispensado, con relación á mi actividad literaria, especialmente tratándose de la redacción de esta obra. Las autoridades académicas me han permitido suspender mis Cursos, para que pudiera consagrarme por entero y en primer término á mi labor científica. Sin esa dispensa, ésta labor hubiera tenido que moverse dentro de límites infinitamente más restringidos. En este sentido, bien puede decirse que este escrito se debe, sobre todo, al

hombre eminente que la Universidad prusiana tiene, por fortuna para ella, como jefe. Su aparición me proporciona la ocasión de responder á un impulso de mi alma, ha tiempo sentido, expresándole públicamente mi profundo reconocimiento por las dispensas que se ha servido concederme en mi posición actual.

RUDOLF VON IHERING.

Guetinga, 20 de Febrero de 1889.

I

Observaciones previas acerca del lenguaje

Nuestra actual terminología, al igual que la de los juristas romanos, presenta una imperfección, cuyos efectos he sentido grandemente en el curso de mis investigaciones.

Señalaré, en primer lugar, la falta de precisión que resulta del significado ambiguo del término *posesión*—*Besitz*—(*besitzen*=poseer;—*Besitzer*=poseedor),—el cual, como el correspondiente latino *possessio*, se aplica á la vez á la posesión natural (*natürlichen*) y á la jurídica (*juristischen*), imponiendo así como necesaria la adición de esos calificativos en caso de distinción. Por mi parte, sin embargo, sólo emplearé una palabra para designar cada una de esas dos relaciones: llamaré la primera, *tenencia* (*detención*), y la segunda, simplemente *posesión*; al hablar, pues, de posesión ó de poseedor, se aludirá siempre á la posesión ó al poseedor jurídico. Como término común para la designación del simple tenedor—poseedor de hecho (*Detentors*)—y del poseedor jurídico (*Besitzer*), aplicaré el de *Inhaber*, poseedor. Para designar la relación común del tenedor y del poseedor con la cosa, conservaré la expresión tradicional de *relación posesoria* (*Besitzverhältnisz*), que no puede resultar equívoca desde el momento en que se designa la *posesión* y la *tenencia* con expresiones especiales. También emplearé en idéntico sentido general el término de *voluntad posesoria ó de poseer* (*Besitzwille*), y cuando se trate tan sólo del poseedor, le designaré, según el sentido de la teoría de la posesión dominante, como voluntad de poseer *justa* (*animus domini*).

Nuestra terminología jurídica de la teoría de la posesión presenta además otra imperfección, que consiste en la falta de expresiones adecuadas, para señalar las distinciones que comprende la relación de tenencia; falta que nos ha obligado á suplirlas mediante términos creados al efecto.

La *primera distinción*, es la que hago entre la relación de tenencia *absoluta* y la *relativa*. En la *detentio alieno nomine*, la relación indicada en la persona del tenedor se combina con la posesión de la persona por la cual posee; en este caso la *tenencia* no niega la existencia de la posesión de una manera *absoluta*, sino tan sólo en la persona del tenedor *(relativa)*. La relación de tenencia puede, sin embargo, significar también que no hay posesión de una manera *absoluta*. Tal ocurre, según el derecho romano, en el caso de la relación posesoria, de las *res extra commercium*. La primera la designaré como relación de tenencia *relativa*, y la segunda, como *absoluta*.

La *segunda distinción* es la siguiente: el mandatario, que ha recibido la comisión de tomar posesión de una cosa por el mandante, y el depositario, que debe conservarla en su poder, están con la cosa en una relación distinta á la del arrendatario, el inquilino ó el comodatario, en cuanto aquéllos quieren tener la cosa en interés del poseedor y éstos la quieren tener en su propio interés. La primera relación la designo, relación de tenencia *por procuración (procuratorisches)*, y la última como relación de tenencia *de propio interés (selbstnützige)*. La utilidad de esta distinción se pondrá más en claro en la crítica del *animus rem sibi habendi*, debiendo advertir que ya ha sido hecha por el *Landrecht* prusiano (I, 7, § 2, 6), el cual, en efecto, emplea para esos casos la expresión de *simple tenedor (blosser Inhaber)* y *poseedor imperfecto (unvollständiger Besitzer)* (1).

El *tercer punto*, en el cual se advierte también la insuficiencia de la terminología tradicional, refiérese á la distinción que debe hacerse entre el tenedor y aquel en cuyo nombre posee.

(1) Transcribiré aquí los dos párrafos: «Es también un *simple tenedor* el que no tiene una cosa bajo su guarda sino con la intención de disponer de ella *para* ó á *nombre* de otro» (§ 2). «Llámase poseedor *imperfecto*, al que toma en su poder cosa ó derecho como propiedad de otro, pero con la intención de disponer de ellos *para sí*» (§ 7).

En lugar de esta última y larga expresión, sería de desear el empleo de una palabra única, y como los términos «autor», «principal», no nos parecían adecuados, mientras la palabra «poseedor» sólo expresaría la posesión absoluta, y no la relativa, del poseedor, he elegido al efecto el término de *«Besitzherr»*, *señor ó tutelar de la posesión* (1).

Resumiendo, pues, en vista de lo dicho, el esquema de mi terminología en materia de posesión es el siguiente:

Relación posesoria *(Besitzverhältnisz).*

I. Posesión *(Besitz).*

II. Tenencia *(Detention).*

1. Absoluta.
2. Relativa: señor ó dueño de la posesión *(Besitzherr).*
   a) Por procuración *(prokuratorische).*
   b) Interesada *(selbstnützige).*

Investigando los motivos que han impulsado á los romanos, en el caso de abandono pasajero de una cosa á otro, á admitir, ya la posesión, ya la tenencia (XV, «Teleología de las relaciones de la posesión derivada»), me he visto obligado á comprender esas dos relaciones bajo una denominación común, no encontrando otra más propia que la de *derivada (abgeleitet)*, usada ya por Savigny para los casos de la *posesión derivada*. Respeto en este punto el derecho de prioridad de Savigny, ya que yo conservo intacta dicha expresión, para la posesión en el sentido que él mismo le asigna. El empleo de idéntico término para la *relación posesoria* no puede ocasionar equívoco alguno, después de la advertencia hecha acerca del sentido general de esta expresión.

Desde el punto de vista de la teoría de Savigny, la relación posesoria derivada, tomada en ese sentido, se caracteriza negativamente, en cuanto falta el *animus domini* en la persona del poseedor actual, y positivamente, en cuanto el poseedor que le deja su cosa no se despoja por ello de su derecho sobre ésta y conserva frente á él la posición del propietario; en

(1) El trad. francés, Sr. Meulenaere, traduce *Besitzherr dominus possessionis*, ó titular de posesión. — *(N. del T.)*

suma, tiene el carácter de una *relación de dependencia posesoria* (*besitzrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses*).

Mis investigaciones se han dirigido hacia lo que hemos llamado *relación posesoria derivada*. Su objeto es descubrir los motivos que han determinado á los romanos á dar á la relación de dependencia posesoria del cesionario, respecto del cedente, el aspecto que ha revestido en materia de posesión. Hubiera podido titularse: «Teoría de la relación posesoria derivada»; pero he considerado necesario poner de manifiesto en el título de este trabajo su tendencia negativa, consistente en la refutación de la doctrina reinante sobre el *animus domini* ó *rem sibi habendi*.

II

Nuestro asunto.

El asunto á que estas investigaciones se refieren entraña la cuestión siguiente: una vez dadas las condiciones legales exteriores (*corpus*) de la relación posesoria, ¿de qué depende que haya posesión ó tenencia? Savigny, y con él la doctrina imperante, responde que depende de la *voluntad* del que tiene la cosa. Si tiene la voluntad de poseer *para él (animus rem* SIBÍ *habendi)*, ó al modo del propietario *(animus* DOMINI), hay posesión. Si tiene la voluntad de poseer para otro, hay tenencia. Puede juntarse esta voluntad de *poseer* la cosa para otro, con la de *tenerla* para sí, por lo que es preciso distinguir cuidadosamente los dos supuestos. El arrendatario, el inquilino, el comodatario, deben *tener* la cosa transitoriamente para sí, pueden usar de ella; pero de este *uti* y del *habere tenere* de la cosa á él referente, hay que distinguir el *possidere* que puede y debe quedar en el *dominus possessionis*. Su voluntad no tiende á ese *possidere*, limitándose el derecho al negárselo á sacar la consecuencia de su propia voluntad. Este aspecto de la cosa constituye en tan escasa medida una disposición positiva del derecho romano, que resulta espontáneamente, para el pensamiento jurídico, de la doble dirección (para sí ó para otro) que implica la noción misma de la voluntad; por lo que, aun cuando la jurisprudencia no hubiera encontrado y aplicado prácticamente la distinción, la doctrina actual hubiera debido hacerlo. Si sería absurdo que, á pesar de la voluntad del representante, el legislador quisiera reconocerle un derecho que de-

sea adquirir, no para sí, sino para el principal, no lo sería menos que, á pesar de la voluntad del tenedor, quisiera reconocerle la posesión. Sólo hay algunos casos, poco numerosos, en los cuales, á pesar de la falta del *animus domini*, el derecho romano ha admitido la posesión. En esos casos, que Savigny ha reunido bajo la denominación de posesión *derivada*, el que tiene la cosa en sus manos no tiene, en realidad, el necesario *animus possidendi;* su voluntad tiende únicamente, como en los otros casos, á *tener* la cosa, no á *poseerla*, ó sea á producirse como un propiettario, toda vez que reconoce como propietario á aquel de quien la ha recibido. Si, no obstante, el derecho romano le concede la posesión, hay que ver en ello una singularidad, una anomalía, debida al predominio de determinadas consideraciones prácticas, sobre la consecuencia natural de la voluntad posesoria, ó bien, como los romanos dirían, debido á que, *utilitatis causæ*, se ha prescindido de la *ratio juris*.

Tal es, en sus rasgos más capitales, la teoría imperante; teoría que designaré como *teoría subjetiva* ó *teoría de la voluntad (Sudjectivitats=oder Willenstheorie)*. La tengo por totalmente falsa, oponiéndole, bajo el nombre de *teoría objetiva*, mi propia opinión, que resumiré brevemente.

Cuando las dos condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el *corpus* y el *animus*, concurren, se tiene *siempre* posesión, á menos que una disposición *legal* no prescriba *excepcionalmente*, que sólo hay simple tenencia.

Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus*), que, como tal, implica el *animus*, incumbiendo al adversario mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión; como, si se trata de tenencia *absoluta*, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de ser poseída, y si se trata de tenencia *relativa*, la existencia de una de las *causæ detentionis*, tan conocidas del derecho romano. Para la cuestión de si hay posesión ó tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa. El demandante no necesita sostener la *existencia* de

la voluntad jurídica de poseer, y su adversario no puede sostener la *no existencia*. La voluntad de poseer, según lo entiende la teoría dominante, no se presenta nunca en la aplicación práctica del derecho. Me doy por derrotado, y conmigo mi teoría, cuando mis contrarios, citen un solo caso en que esa teoría haya recibido una consagración práctica de un tribunal, cualquiera que sea. De la voluntad de poseer, que desempeña un tan alto papel en teoría, cabe decir lo que Justiniano, en su tiempo, del *dominium ex jure quiritium,* en la *L. un.*, Cód. *De nudo jure Quir.* (VII, 25): *est nomen quod nec unquam videtur nec in rebus apparet.* Sea cual fuere el valor que se atribuya á la misma, cosa que examinaremos á su debido tiempo, está desprovista de toda significación en la aplicación del derecho, y no vacilo en afirmar, que un Juez podría aplicar perfecta y plenamente la teoría romana de la posesión, sin haber oído hablar jamás ni una sola palabra de la teoría indicada. En realidad, el Juez aplica siempre la teoría que dejo formulada; admite la posesión donde quiera que la tenencia simple no se ha mostrado por el contrario que sostiene su existencia, no haciendo así otra cosa que el Juez romano, el cual, según Pablo, debía considerar la posesión como existente, cuando el demandante hubiere ofrecido el hecho exterior de la posesión (1).

Por mi parte diré, desde luego, que no se requiere en modo alguno, para ese fin, admitir una presunción—esto es, ese procedimiento ideado para resolver las desigualdades del elemento material del derecho,—sino que, por el contrario, el aspecto que en el derecho romano tiene la distinción entre la posesión y la tenencia, explica esta manera de obrar desde el solo punto de vista material jurídico. La explicación del verdadero aspecto de la cosa en el derecho romano, pondrá la teoría de la posesión en armonía con el derecho, tal cual se aplica siempre en la vida.

---

(1) Pablo, S. R. V. 11: § 2.º: *Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam*. Con respecto á lo que aquí puedo importar la relación de este pasaje con la Lex Cincia, á que Rudorff se refiere (Adiciones á *La Posesión*, de Savigny, 7.ª edic., pág. 690), cosa es que no puedo explicarme.

Esta concordancia de mi teoría con la práctica, no he podido apreciarla sino después que hube logrado formularla, desde el punto de vista del derecho puro, pues mi teoría no es el resultado de consideraciones prácticas.

No me he dedicado al examen de las fuentes con la idea preconcebida de que *debía* encontrar en ellas lo que, según mi opinión, es la verdadera práctica. Muy al contrario, no he llegado á convencerme de que era realmente exacta, sino después de haberla aprendido en el curso de una lectura imparcial de las fuentes. El primer impulso hacía la formación de mi teoría, fué obra de la consideración de ciertos textos, que no podía conciliar con la doctrina dominante sobre la voluntad en la posesión, y á los cuales, al fin, hubieron de juntarse poco á poco, según iba distinguiéndose en mí la confianza en la exactitud de la indicada doctrina, todas las razones de que voy á servirme en este escrito para combatirla. Fuéme, en verdad, difícil formular mi teoría de una manera positiva, aunque durante varios años le he dado una forma que, si bien se acercaba bastante á la verdad, sin embargo, tuve que abandonarla como totalmente inadecuada. Creía yo que lo que debía inclinar la balanza era la *causa* de la relación posesoria, por lo que en mis lecciones la denominaba como *teoría de la causa* (*Causal-Theorie*). A consecuencia de una lógica aplicación de este punto de vista, me veía obligado, para librar al demandante, en el posesorio, de la prueba de su *causa possessionis*, á acudir á una presunción procesal en favor de la posesión. La modificación que he introducido en mi teoría, y que puedo resumir en la sustitución de la función *positiva* atribuída á la *causa possessionis*, con la función *negativa*—exclusión de la posesión mediante una *causa* DETENTIONIS,—me ha dispensado de acudir á este expediente.

El terreno en el cual debe librarse la lucha entre ambas teorías, es el del derecho romano positivo, y no sólo en la dogmática pura, sino también en la historia del mismo: con lo cual quedarán de manifiesto los importantes servicios que esta última puede prestarnos. Y más aún; tendremos también en nuestro apoyo, para hacer la crítica negativa de la teoría subjetiva, la *lógica formal*, con más el *procedimiento* y la *legislación*,

que nos servirán para apreciar *positivamente* ambas opuestas teorías.

Si la doctrina dominante hubiera examinado su teoría desde el punto de vista del procedimiento, convencido estoy, de que hace ya mucho tiempo, que no se tendría confianza alguna en su exactitud. Desgraciadamente, nada de eso se hizo. La distinción teórica que introduce en la voluntad de poseer y que indica al Juez como medio de zanjar la cuestión de saber si debe admitir la posesión ó la tenencia, se resiste á toda aplicación. Aun admitiendo que la definición teórica de esta distinción, fuese tan clara como en realidad es oscura, el Juez, como haré notar más tarde, no podría obtener ventaja alguna, porque no tiene indicación que pueda servirle para reconocerla en cada caso particular. Mi teoría, en cambio, le da una indicación de las más sencillas. Le dice así: deberás admitir la posesión donde quiera y cuando las condiciones exteriores existan, á menos que por otra parte resulte, en la persona del supuesto poseedor, la existencia de una relación de aquellas á las cuales el derecho romano sólo concede la tenencia; esto es, una de las *causæ detentionis alieno nomine*, cuya enumeración se encuentra en cualquier tratado de Pandectas.

Quizá los partidarios de la teoría dominante me objeten que ellos lo entienden también así, diciendo que la decisión entre la posesión y la tenencia no depende, en su sentir, del *animus concreto ó individual* de tal ó cual parte determinada, ó el que realmente *tiene*, sino del *animus abstracto ó típico*, el que *debe tener*. Así es indiferente que un arrendatario dado tenga el *animus detinendi*, toda vez que este *animus* existe en el arrendatario *abstracto* y *típico*.

Y he ahí realmente la objeción que *podrían* hacer los defensores de la teoría subjetiva, no siendo imposible que se les haya ocurrido alguna vez. Pero desde luego cabe preguntar: ¿la *han hecho* en realidad? En mi sentir, nunca. Todos, sin excepción, designan la voluntad de poseer jurídicamente, como una *condición* de la posesión, y toda condición debe ser *probada*, á menos que aquel que de ella se vale no esté dispensado de ello por obra de una presunción. Así resulta que el poseedor, en caso de oposición, deberá probar, no sólo el *corpus*, sino tam-

bién el *animus domini*. La mera incorporación de la voluntad de poseer en la relación exterior con la cosa, tal cual se presenta también en la tenencia (III y IV), no bastará, porque el *animus domini* encierra un aumento de la voluntad de poseer. Los defensores de la teoría subjetiva no podrían evitar esta consecuencia, á no ser afirmando la existencia del *animus domini*, cosa que ninguno ha hecho. Pero aun admitiendo que lo hubiesen hecho, ó que quisieran hacerlo, no se salvaría la cuestión del *animus domini*; tomaría nueva forma. En lugar de la prueba de la *existencia* impuesta al demandante, se presentaría la de la *no existencia* impuesta al demandado, recayendo de todos modos el debate sobre el *animus*. Evidentemente no cabría referirse á la *causa*, porque entonces sería ésta, y no el *animus*, quien haría inclinarse la balanza; pero no debe olvidarse que una condición á la cual cabe sustraerse, probando la existencia de otro hecho, constituye una *contradictio in adjecto*.

Esta consecuencia procesal de su opinión no ha sido advertida por los partidarios de la teoría reinante. La cuestión de la prueba relativa al *animus domini* no ha sido tratada por Savigny ni por sus sucesores, que además no han dicho cuál de las dos partes debe probar, ni cómo debe ser procurada la prueba, ni con qué criterio deberá reconocer el Juez la existencia del *animus domini;* dejan que éste por su propio esfuerzo decida *in concreto*, con la distinción abstracta que han introducido en la voluntad de poseer. Ya demostraré á su debido tiempo que el Juez no puede resolver, toda vez que la distinción no tiene aplicación en el procedimiento.

Demostrada la consecuencia *procesal*, que implica la teoría subjetiva tal cual la formulan sus partidarios, veamos sus consecuencias *jurídicas fundamentales*.

Si depende de la voluntad individual decidir si hay posesión ó tenencia, entonces goza aquélla del derecho de libre disposición en materia posesoria, pues de decidirse por el *animus domini* tiene la posesión, teniendo en otro caso la tenencia. Debiendo ser indiferente en principio el fundamento de la relación posesoria, la *causa possessionis*, la voluntad individual debe poder admitir el *animus domini* en las relaciones en que el derecho romano no admite más que la tenencia; por ejemplo, en el

arrendamiento, en el comodato, etc., y admitir el ***animus alieno nomine detinendi*** en las relaciones en que admite la posesión. No sé si los partidarios de la teoría subjetiva se han dado plena cuenta de esta consecuencia, pero de todos modos varios de ellos no han tenido inconveniente en reconocerla, hablando de la tradición sin acto exterior, realizada mediante un simple *constitutum possessorium*. El vendedor declara que en adelante quiere poseer en el nombre del comprador, y basta eso para que la tradición se verifique; poco importa la *causa possessionis:* la voluntad es soberana. Toda la teoría de la tradición de los juristas romanos resulta así echada por tierra; según eso, bastaría una declaración semejante de la voluntad para eludir en la vida la condición de la tradición real, sobre la cual insisten siempre las fuentes romanas; pero cosa es esta en que los defensores de esa opinión no se han fijado, siendo así que una contradicción tan flagrante con el derecho romano, hubiera debido precisamente abrirles los ojos acerca de la relación que existe entre la *causa possessionis* y la voluntad.

Otros (1) han aceptado dicha consecuencia, admitiendo que depende por entero de la voluntad de las partes, referir la posesión á una relación á la cual el derecho romano refiere la tenencia. Como lo contrario debe ser también posible, es preciso admitir la convención de que el acreedor no tendrá más que la tenencia de la cosa dada en prenda.

La consecuencia extrema, que realmente nadie á la vista de los textos ha sacado ni podía sacar, sería decir que la naturaleza de la relación posesoria está, por entero, entregada á la voluntad del que tiene la cosa, y por tanto, como el mismo no puede encadenar su voluntad, toda vez que puede cambiar á su placer su resolución, puede tener simplemente hoy, poseer mañana, volver á tener otro día, y así discurriendo: la posesión se convertiría por tal modo en un verdadero juguete, entregado al capricho de las partes; resultando además la voluntad individual, puesta en el lugar de la regla de derecho objetivo,

(1) Asi Thibaut, *System des Pandectenrechts*, 8.ª edic., t. I, § 208, y la que cita en la nota *b*.

la incertidumbre del derecho en el de la certidumbre y la anarquía en el del orden.

El derecho en sí, pues, nos lleva á las mismas conclusiones que el procedimiento, esto es, á la imposibilidad práctica de la doctrina imperante. A su tiempo veremos de qué modo se ha podido llegar á sostenerla á pesar de todo; qué artificios, qué esfuerzos, qué violencias ha sido necesario realizar al efecto, y hasta qué punto se ha debido cerrar los ojos para no ver los obstáculos. Por el momento, bástame presentar esta teoría bajo su verdadero aspecto, poniendo en claro las consecuencias que implica y que he procurado sortear con todo cuidado.

En adelante, designaré esta doctrina del siguiente modo: teoría de la voluntad *individual* ó *concreta,* lo que no necesita explicación después de lo que queda dicho más arriba. Pero ya dejo indicado que además de esta teoría hay otra manera aun de aplicar la voluntad de poseer á la teoría de la posesión, y acerca de la cual sólo he dicho algunas palabras. Óbrase aquí, no con la voluntad individual ó concreta, sino con la voluntad *típica* ó *abstracta;* no con la voluntad que el poseedor *tiene,* sino con la que *debe* tener: en atención á esto, la designaré como teoría de la voluntad *típica* ó *abstracta* Nadie, que yo sepa, hasta ahora, la ha concebido y expresado recta y claramente; pero me inclino, á pesar de todo, á creer que ha germinado en el espíritu de los defensores de la doctrina imperante.

Ambas teorías tienen por punto de partida común, el influjo determinante de la voluntad sobre la relación posesoria. Según la teoría de la voluntad abstracta, este influjo se limita á hacer, en cuanto al derecho, de la idea de la diversidad interna de la voluntad de poseer un punto de vista directivo, para determinar *en abstracto* en qué relaciones habrá posesión y en cuáles tenencia. Una cosa es la voluntad del comprador, del ladrón, etc., y otra la del arrendatario, la del comodatario, toda vez que los primeros quieren tomar la posición de propietarios, mientras los segundos no; limitándose la ley á sacar las consecuencias de su propia voluntad, cuando concede á los primeros la posesión y á los segundos la tenencia. Nada importa ver si esas personas tienen conciencia de esta dirección, de su voluntad y de sus consecuencias, pues la ley no obra con la voluntad

individual, sino con la voluntad abstracta, y así no se refiere á *este* comprador, á *aquel* ladrón, ó al *otro* arrendatario, sino al comprador, al ladrón, al arrendatario, *tipos*. En su virtud, la incongruencia entre la voluntad individual y la voluntad tipo no tiene influjo; el arrendatario es siempre simple tenedor, aun cuando crea ó quiera ser poseedor.

Claro resulta que en la teoría de la voluntad abstracta se queda á medio camino, puesto que desde el momento en que la diferencia en la dirección de la voluntad, debe decidir de la naturaleza de la relación posesoria, ¿por qué razón ha de detenerse en la voluntad *in abstracto* y no decir lo mismo de la voluntad *in concreto*? En realidad, esta teoría sustituye la voluntad con la *causa possessionis*, pudiendo en tal respecto llamarse la *teoría de la causa*. La voluntad no juega aquí, *in concreto*, papel alguno; el *animus domini* está totalmente eliminado como condición de la posesión.

Podrá parecer que esta forma de la teoría subjetiva está, en el resultado práctico, de acuerdo con la teoría objetiva, y así es, en efecto, en su aspecto *negativo*, ó sea en cuanto á la indiferencia completa de la voluntad *individual* de poseer. Mas por el lado positivo se separan ambas teorías, según resulta manifiestamente, en la práctica, en la diversidad con que se ofrece la cuestión de la prueba. Según mi teoría, la posesión es una relación determinada, que existe donde quiera y siempre mientras el adversario no pruebe lo contrario, invocando al efecto un principio de derecho que considere excepcionalmente como simple tenencia la relación dicha. El poseedor no necesita, pues, nunca, indicar un fundamento para la posesión de que se aprovecha, como ocurre con el *animus*, según la teoría de la voluntad concreta, y con la *causa*, según la de la voluntad abstracta. Si la relación posesoria, indeterminada en sí, no adquiere su determinación ulterior á no ser desde el momento en que á ella se refiere, bien sea el *animus* subjetivo, bien sea la *causa* objetiva, necesario es que este elemento se afirme en cada caso particular, para obligar al Juez á admitir la existencia de una ó de otra relación.

La condición que implica la prueba de la *causa*, ¿tendrá acaso en la aplicación del derecho la peligrosa consecuencia

de que en muchos casos la posesión tendrá que quedar sin protección, porque se está siempre en situación de demostrar la *causa real* de su posesión? Si la cuestión de la posesión de las cosas muebles tuviese aun hoy un interés práctico, lo que no ocurre, según demostraré más tarde, el Juez debería denegar la demanda del actor, que no pudiera demostrar la causa de su posesión, y esto aunque se tratase del propietario.

Para evitar tan desastroso resultado, podría acaso pensarse en admitir una presunción en pro de la posesión. Pero lo que esto significaría, en mi concepto, es un modo de salir del atolladero en que por propia culpa se ha caído, escapándose por cualquier sitio y sin miramiento alguno.

Ahora bien: como el que se encuentra en un atolladero debe estar convencido de que no ha seguido el camino adecuado, lo mejor sería volver hacia atrás hasta encontrar éste; y tal camino está trazado por mi teoría, porque lo que la teoría de la voluntad abstracta con su *causa*, y la de la voluntad concreta con su *animus*, no pueden conseguir sino mediante el artificio violento de una presunción, mi teoría lo obtiene de un modo natural y directo, diciendo: la relación posesoria es posesión siempre, mientras la ley no haya prescrito excepcionalmente que no hay tal posesión, sino mera tenencia. En cualquier otro género de relaciones, quien tiene en su favor la regla, no debe probar que no se halla en situación excepcional. La aplicación procesal á la doctrina romana sobre la posesión se hace, sin más, con arreglo á los principios acerca de la relación entre la regla y la excepción; quien afirma la excepción, debe probar; quien, por el contrario, está en la regla, no debe probar que no está en situación excepcional.

La expuesta diferencia entre la teoría de la voluntad concreta y la de la voluntad abstracta, no ha sido advertida, como dejo dicho, por los defensores de la teoría subjetiva. No se han fijado en ella, y eso me ha colocado en la singular posición de poder empezar dando de la teoría que voy á combatir, una noción más clara que ella misma se ha dado. Era esto indispensable, al efecto de rechazarla. No basta, en verdad, desalojar al contrario de la posición que ocupa, cuando aún le queda otra donde retirarse: es necesario cortarle la retirada. Si yo no lo hu-

biera hecho ahora, después de haber rechazado la teoría subjetiva tal cual sus defensores la formulan, hubiera podido estrellarme con la respuesta de que lo que dice, no es precisamente lo que quiere decir, y que su pensamiento verdadero se aplica, no sólo á la voluntad concreta, sino á la voluntad abstracta.

Con lo dicho pueden considerarse caracterizadas las tres teorías, que el lector va á juzgar en las investigaciones que á continuación haremos en sus rasgos capitales. Sus diferencias, resumidas de una manera esquemática, son las siguientes:

1. *En el respecto jurídico fundamental ó material.*

Acerca de la cuestión de si, en un caso dado, hay posesión ó tenencia, decide:

a) *La voluntal individual (teoría de la voluntad concreta).*

b) *La regla de derecho*, esto es:

1. Según el principio legalmente establecido y sin excepción, salvo los casos de posesión derivada, de la *conformidad* de la voluntad *individual*, con la voluntad *tipo (teoría de la voluntad abstracta).*

2. Según la regla jurídica de que hay *siempre* posesión, á menos que el derecho haya *negado* los efectos de las condiciones legales ó positivas de la misma, colocando en su lugar la *detentio alieno nomine (teoría objetiva).*

2. *En el respecto procesal.*

a) El poseedor tiene la obligación de la prueba, la cual recaerá:

1. Sobre la existencia del *animus* individual *(teoría de la voluntad concreta).*

2. Sobre la *causa possessionis (teoría de la voluntad abstracta.)*

b) El contrario debe probar la *causa detentionis* existente en su caso *(teoría objetiva).*

Pasamos en lo que sigue á preparar nuestras investigaciones acerca de la diferencia esencial entre la posesión y la tenencia, mediante la exposición de lo que hay entre ambas de común.

En el respecto *negativo* está la diferencia entre la relación posesoria y la relación de simple yuxtaposición de la persona y de la cosa (que en adelante, para abreviar, denominaremos *relación de lugar—Raumverhältnisz,* III). En el *positivo*, la diferencia está en la voluntad, que no es menos necesaria en la tenencia que en la posesión (IV).

III

Distinción entre la relación posesoria y la mera relación de lugar.

La simple relación de proximidad material entre una persona y una cosa no tiene significación jurídica. La significación jurídica se produce cuando la persona establece una relación exterior, recognoscible, con la cosa, convirtiendo la pura relación de lugar en una relación de posesión *(Besitzverhältnisz)*. La distinción entre ambas relaciones no ha sido obra del derecho, sino que se ha hecho por el lenguaje al crear la palabra *posesión* (*Besitz=possessio*), revelando así que la distinción había penetrado en la conciencia popular. El derecho, al recoger la palabra y al hacer suya la idea que representa, llegó sin duda muy lejos en su desenvolvimiento, hasta el punto de prescindir del aspecto materialmente sensible, al cual el sentir popular refiere la posesión; pero quedando, no obstante, fiel siempre á esta concepción originaria de la relación posesoria. Ni el lenguaje, ni el derecho ni la ciencia, consideran como posesión la simple relación en el espacio de la persona con la cosa.

Lo que ha influído en el lenguaje y en el derecho para llegar á tal concepción, no fué el interés de la concordancia entre los mismos y la vida—consideración que nunca se tuvo ni se podía tener en cuenta,—sino el interés de la afirmación y del sostenimiento de una noción fija de la posesión, la cual no es posible sin la voluntad. ¡Sin voluntad no hay relación posesoria! Esta tesis está expresamente formulada por el jurista ro-

mano en la L. 1, § 3, de *A. P.* (41, 2) (1). Tratando de saber si la persona privada de voluntad puede adquirir, responde negativamente: *quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant;* y para explicar cómo el *rem corpore suo contingere* está desprovisto de todo influjo, añade el caso siguiente: *si quis dormienti aliquid in manu ponat.* No cabe distinguir de una manera más clara la relación posesoria y la mera relación de lugar; el contacto corporal, aunque sea inmediato, cuando tal contacto se verifica sin conocimiento y sin voluntad, por parte de la persona no produce la posesión. El mero conocer no basta aún para este efecto. Por eso mismo es por lo que el derecho romano no concede la posesión á las personas sin voluntad (incapaces), sin examinar si puede admitirse en ellas el conocimiento; conocer no es querer, por lo que se exige también la voluntad. El prisionero cubierto con cadenas, toca y ve sus cadenas; sabe que está sujeto por ellas; pero antes que decir que las posee, más bien cabe afirmar que las cadenas lo poseen á él. La relación exterior con la cosa debe ser querida; la relación posesoria, es la obra, el hecho de la *voluntad.* Esta idea, puesta por el lenguaje como significado de la palabra *poseer—besitzen, possidere,* —y que implica en la persona del poseedor el ejercicio voluntario y continuado de un poder, ha sido invariablemente sostenida por el derecho.

La distinción que acabo de exponer entre la relación posesoria y la mera relación de lugar, es universalmente admitida, aun cuando no se encuentre indicada en los expositores de la doctrina de la posesión, y aun cuando resulte sólo de una manera indirecta de la condición de la voluntad, considerada como un elemento de la posesión. Unicamente Windscheid puede ser exceptuado en este respecto, pues en su *Tratado del derecho de las Pandectas* reconoce como posible (V. T. I, § 148) que el poseedor «no tenga voluntad alguna en cuanto á su posesión, cuando falte en él toda conciencia de su posesión»; pero verdad es que luego añade esta restricción: «que la posesión en que falte la conciencia y, por tanto, la voluntad del poseedor, no tiene consecuencias jurídicas: es un hecho indiferente al derecho». Estoy

(1) En adelante designaré este título de las Pandectas por *A. t.*

muy conforme con él en este último punto; pero desde luego me opongo á que esa relación pueda ser denominada posesión.

Y no me apoyo en fundamentos lingüísticos, sino en principios.

Una noción de la posesión que no esté fundada en la voluntad, es completamente irrealizable; vacila desde el momento en que aborda el terreno del derecho; cosa que el mismo Windscheid ha reconocido, en cuanto declara que esa relación constituye un hecho absolutamente indiferente en derecho, y desprovisto además, de consecuencias jurídicas, lo cual vale tanto como decir, que en el sentido del derecho, este estado de cosas no constituye la posesión. Lo que esta noción apenas si ha acogido, debe inmediatamente perderlo para adquirir verdad y utilidad en el derecho; esto es, para llegar á ser lo que hubiera debido ser ya desde un principio: una *noción jurídica.* En sentir de Windscheid, el jurista romano hubiera debido admitir la posesión aun en la persona del hombre que duerme ó del loco, y no lo ha hecho porque les falta la voluntad.

Examinemos ahora cómo la voluntad saca la relación posesoria de la simple relación de lugar.

El motivo que la pone en movimiento, que la solicita, según diría Schopenhauer, es el *interés.* Como personas que somos, no entramos en relación ni con personas ni con cosas, que no ofrezcan para nosotros interés alguno; el establecimiento de una relación con ellas, implica de hecho la expresión del interés que en nosotros despiertan. La relación exterior en que nos ponemos con ellas, *tomándolas para nosotros*, contiene de hecho la expresión del interés que *tomamos por ellas*; la *relación posesoria es la afirmación del interés que una persona tiene en una cosa.* Las cosas que podríamos tomar y que no tomamos, no tienen interés para nosotros. Que el interés sea continuo ó pasajero, es indiferente, tanto para la relación con las cosas, como para la relación con las personas. No nos dirigimos á aquellas personas, y dejamos donde están aquellas cosas, que no tienen interés para nosotros.

El interés, pues, es el punto de partida de la posesión, el motivo que impulsa á la persona á salir del estado de indiferencia, que entraña la simple relación de lugar, para ponerse en

relación con la cosa. El interés tiene por objeto la satisfacción de una necesidad cualquiera, por insignificante y del momento que ella sea. Cuando no hago más que tomar una cosa en mi mano para examinarla, el interés es el que me determina á entrar en relación con ella, al igual que cuando por curiosidad pregunto el nombre de una persona: sin interés no nos ponemos en relación ni con la cosa ni con la persona. En las personas cabe que esa relación nos sea impuesta; en las cosas, no: la relación *parte* siempre de la persona, que debe desearlas, quererlas, siendo necesario que este deseo y esta voluntad sean previos para que la relación se estableza de hecho.

Como se habrá advertido, tenemos tres momentos que señalan y distinguen toda relación posesoria; tales son: solicitación de la facultad del deseo por la cosa, esto es, el *interés*; dirección de la *voluntad* hacia esta cosa; *realización* de esta voluntad mediante el establecimiento de una *relación exterior* hacia la cosa. En virtud del primero de estos tres momentos es por lo que el derecho concede su protección á la relación. Si la relación no presentara interés, jamás hubiera sido protegida; pues, como ya en otro lugar (1) se ha dicho, el interés en el sentido más amplio, comprensivo de todo lo que mueve el corazón del hombre; la cosa más ínfima, como la más elevada, constituye la fuerza motriz de toda acción humana y la brú-

(1) *Geist. des R. R. (Espíritu del Derecho romano)*, V. IV, § 60 En el volumen 3.° de mi *Zwecke im Recht* consagraré un estudio detenido á esta noción; aquí me limito á dar en resumen la definición que allí defenderé: el interés es el sentimiento de la *necesidad para nuestra existencia* de una cosa situada fuera de nosotros: persona, cosa, situación, acontecimiento. El que se interesa por algo, reconoce ya que su existencia, su bienestar (físico, intelectual, moral) depende de ello; es un fragmento alargado, una parte de él mismo (de ahí, *participar—Autheilnehmen, Theilnehmen*—tomar *parte*; en latín *inter-esse*; *interest mea*, quiere decir, que una parte de mí está contenida en una cosa extraña, es para mi una parte de mi mismo). En nuestros intereses nos revelamos nosotros mismos: prueban hasta donde se extiende nuestro *yo* en el mundo; en unos terminan con su casa y su familia, en otros abrazan toda la humanidad; en aquéllos, porque sienten que su vida se agota en su casa y en su familia; en éstos, porque no va el destino de su vida en su pobre *yo*, sino en su utilización al servicio de la humanidad. El sentimiento de la necesidad vital (interés en el sentido *subjetivo*), es en todos el mismo: nadie puede interesarse por lo que no siente como una condición de bienestar, de placer, de paz, del alma, de la felicidad; sólo las *cosas* que constituyen estas condiciones (interés en sentido *objetivo*), difieren.

jula de todo derecho; *éste no protege relación alguna que no tenga á sus ojos interés.*

El interés de la posesión obra en la posibilidad *de hecho* que procura de usar una cosa para las necesidades humanas. La posesión no es fin en sí misma *(Selbstzweck)*, sino un medio para un fin; constituye la condición *de hecho* en virtud de la cual son posibles los tres modos de usar la cosa, utilizándola para las necesidades humanas y comprendiendo, por tanto, todo el contenido sustancial de la propiedad: el *uti*, *frui*, *consumere*, en las dos formas (1) en que puede ser aplicada. La posesión, jamás puede ser fin en sí misma, no tiene como tal valor alguno económico, y solo adquiere éste en cuanto permite realizar otra cosa que tiene un valor económico también. Donde lo contrario se presenta sólo hay una apariencia, v. gr., con relación al cuadro pendiente de la pared. Ese cuadro cumple su destino para mí, no porque él está donde está, porque yo le *posea*, sino porque le *veo*, consistiendo en eso precisamente el *uti* respecto de las obras pictóricas. Si semejante cuadro se me hubiera dado en depósito, encerrado en una caja, por otra persona, esta relación posesoria no tendría para mí interés alguno; por lo que no es á *mí* interés al que en este caso debe servir, sino al interés del *dador;* en esto consiste también el carácter distintivo de la tenencia por procuración y de propio interés (I): en esta última: por ejemplo, la relación posesoria en el arrendatario y el comodatario, sirve al interés del tenedor; constituye la condición necesaria de ejercicio efectivo del *uti* que se les ha concedido. Corresponde al derecho fijar las condiciones en las cuales quiere conceder la protección jurídica al interés, y las consideraciones en virtud de las cuales se ha dejado guiar, en este respecto, ha producido el resultado de que la protección jurídica de la posesión no ha rebasado los límites de la mera exterioridad de la relación posesoria. Por medio de la protección jurí-

---

(1) *De hecho* ó reales, ó sea al goce del *uti, frui, consumere* en persona, á diferencia de las *jurídicas* ó ideales, en virtud de la transmisión convencional del goce real á otras personas; pudiendo verse, á este efecto, mi *Espíritu del Derecho romano*, 4.ª edición alem., III, pág. 347. En esta última forma, la posesión conserva también su función como medio para un fin.

dica el *interés efectivo de hecho* en la posesión, reviste la forma de un interés *jurídico.*

La forma dada, bajo la cual la persona manifiesta su voluntad dirigida hacia la cosa, consiste en que la *tome* para sí, es decir, en poner en relación con ella (con la persona) á la cosa de un modo exclusivo y exteriormente reconocible. Caracterízase positivamente la relación así establecida, por la posibilidad asegurada de hecho, de obrar *por sí misma* sobre la cosa, y *negativamente* por la exclusión de todos *los demás*, para obrar á su vez respecto de la cosa misma. Tal es la *naturalis possessio* de los romanos en el sentido que acentúa la existencia de las condiciones exteriores, según el aspecto natural de las cosas (*naturaliter*) y como no puede nacer sin un hecho de la persona, implica por consiguiente la existencia de la voluntad. Según el testimonio de la etimología, el lenguaje ha concebido por primera vez la idea de la relación posesoria en las cosas *inmuebles:* poseer *(besitzen)*, posesión (*Besitz*), *possidere*, *possessio*, *in possessione esse*, no cuadran sino á las cosas inmuebles, en cuanto esas expresiones no representan sino el hecho de estar *(Sitzens)* sobre la cosa. Más tarde fué cuando se aplicaron á las cosas muebles, y sólo en virtud de haber reconocido que la relación es exactamente la misma, para las cosas inmuebles, que para las cosas muebles (VIII).

Sabido es que el derecho romano, en el curso histórico de su desenvolvimiento, se ha separado de una manera radical de la concepción primitiva, exclusivamente material ó sensible, de la relación posesoria; separación que se refiere, no sólo á la continuación de la relación posesoria una vez establecida, sino también á lo tocante al *establecimiento* de la misma. Sin duda que tal separación no se manifiesta en cuanto se trata tan sólo de la apropiación unilateral de la posesión, porque en tal concepto el derecho posterior exige también la *aprehensión real*, si no en lo referente á la transmisión convencional (tradición). En este punto el derecho posterior ha reemplazado la manifestación real de la voluntad *(corpore acquirere possessionem)* por la simple revelación jurídica de la voluntad hecha en presencia de la cosa, esto es, por la declaración de la voluntad; en lugar del *corpore et tactu apprehendere possessionem*, se

puso la aprehensión *oculis et affectu*, según los términos del jurista romano en la L. 1, § 21, *h. t.*: la *palabra* ha sustituído á la *mano*. Los romanos emplean, para expresar esta manera de la relación, ANIMO *possidere* ó CIVILIS *possessio*, en oposición á CORPORE *possidere*, CORPORALIS, NATURALIS *possessio*. Trátase, como se ve, de la concepción espiritualista ó idealista del derecho, que aquí, como en los demás casos, no se separa de la concepción materialista y sensible, sino de una manera lenta y difícil (1).

En lo que se refiere á lo contrario, la apropiación unilateral de la posesión, se ha mantenido en el derecho romano posterior la condición rigurosamente materialista de la relación posesoria. Un ejemplo instructivo de esto lo tenemos en la apropiación de cosas, que han entrado en la esfera de nuestro poder, sin nuestra cooperación. Un enjambre de abejas produce panales de miel en nuestro árbol; cosas ajenas caen en nuestro fundo; llegamos á saber que en una de nuestras propiedades hay oculto un tesoro: en los tres casos las condiciones exteriores de la posesión concurren; para tener la cosa en nuestras manos nos basta con extender el brazo exteriormente. Esta relación no se diferencia en nada de aquella en que se encuentran las demás cosas que poseemos, y si mientras nada sabemos de ellas y no hemos declarado nuestra resolución de querer poseerlas, no existe más que una simple relación de lugar respecto de las mismas, no obstante, parece que hubiera quizá podido concederse á la simple *declaración* de la voluntad, el mismo efecto que en el caso anteriormente examinado de la tradición. Pero la jurisprudencia romana exige además, en todos esos casos, la manifestación *real* de la voluntad, el hecho de *tomar* la cosa.

Ciertamente, algunos juristas antiguos quisieron prescindir de esta condición en cuanto al tesoro. Consideraban: *continuo me possidere simulatque possidendi animum habuero, quia quod desit* NATURALI *possessioni, id* ANIMUS *implet* (L. 3, § 3, *h. t.*); pero la opinión contraria de Sabino, mencionada en el mismo texto, y que exigía el *loco movere* del tesoro, triunfó en la jurispruden-

(1) Véase, acerca de esta oposición, mi obra anteriormente citada, volumen 3.° § 43.

cia posterior (L. 44 pr. ibid.; L. 15, *ad exh.*, 10, 4). En los otros dos casos sin duda no ha mencionado expresamente como condición la aprehensión real de la cosa; pero si se ha reconocido tácitamente, negando al poseedor del fundo la posesión de los panales de miel y de las cosas caídas en el referido fundo, sin mencionar la modificación que hubiere podido producir el simple conocimiento y el querer (1).

Si alguna vez ha podido una relación dar lugar al derecho romano para prescindir de la condición de la manifestación real de la voluntad, con el fin de adquirir la posesión, es la del heredero; se podía haber dejado pasar á su persona, con la adicción de la herencia, la posesión, al igual que todas las demás relaciones jurídicas, no ligadas á la persona del difunto. Pero no hay tal: el heredero debe también *adquirir* primeramente la posesión. Sólo con relación á la *continuación* de la posesión, y de una manera excepcional, y por motivos prácticos concluyentes, ha prescindido el derecho romano de la condición de la voluntad: trátase del caso en que el poseedor se volviera loco; la posesión continúa, á pesar de la falta de la voluntad: *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat* (L. 44, § 6, *de usurp.*, 41, 3) (2).

En la última forma del derecho romano, el adquirente del predio dominante, obtiene la cuasiposesión de la servidumbre predial, desde el momento mismo de la transmisión

---

(1) L. 5, § 3, *de A. R. D.* (41, 1); L. 5, § 5, *ad exh.* (10, 4).

(2) Pomponio, en la L. 25, § 1, *h. t.*, pretende decidir del propio modo el caso en que sobreviniere la locura del *representante*; pero tal opinión debe rectificarse, según Africano, en la L. 40, § 1, idem: la interrupción de la posesión no se verifica desde luego *(... non statim eam interpellari)*; se concede al *señor ó dueño* de la posesión *(Besitzherrn)* un término para tomar las medidas necesarias; de no aprovecharse de él, pierde la posesión. Africano no decide ciertamente esto más que para el caso en que el representante ha muerto; pero el principio que aplica aquí es absolutamente general: *pérdida* por negligencia. Véase á este propósito mi *Fundamento de la protección posesoria*, (trad. esp.). En el caso de locura del representante no hay motivo en derecho para conservar la posesión al señor ó dueño, como en el caso en que el mismo es quien se vuelve loco; equivaldría esto á concederle el privilegio de la negligencia. En el caso de locura del poseedor mismo, trátase, por el contrario, de acudir en su auxilio, porque no puede valerse por sí, impidiendo la pérdida total y absolutamente inmerecida de la posesión.

de la propiedad, y sin que haya ejercido por sí mismo la servidumbre, lo cual no es más que una excepción aparente.

El derecho anterior exigía también en este caso, que la voluntad se hubiese manifestado realmente, por medio del ejercicio de la servidumbre, y el Edicto pretorio ponía á disposición del comprador un *interdictum* ADIPISCENDÆ *possessionis* especial (R. 2, § 3, *de interd.*, 43, 1), para en el caso en que tropezara con alguna resistencia.

La jurisprudencia no tuvo escrúpulo de ningún género para conceder los interdictos cuasiposesorios ordinarios, tanto al sucesor universal como al singular, en atención á la posesión de su autor (1). El punto de vista que la dirigía, era la idea, perfectamente exacta, de la naturaleza *abstracta* del sujeto de la servidumbre predial (*cualquier* propietario), y por lo tanto, de su *identidad*, á pesar del cambio de personas. Desde este punto de vista decidía todas las cuestiones concernientes á la servidumbre predial, como la referente al valor de la cosa juzgada en pro ó en contra del sucesor, de la sentencia dictada en pro ó en contra del predecesor, las relativas al *usus*, al *non usus* y á los *uitia possessionis* en la cuasiposesión; debiendo tener la misma autoridad en la cuestión de la *existencia* de la cuasiposesión. Si el predecesor había tenido la cuasiposesión, el sucesor la tiene también, sin que sea preciso un acto de ejercicio por su parte; ambos forman jurídicamente, en lo que á la servidumbre se refiere, una sola persona, y lo que es verdad respecto de la una, lo es también respecto de la otra.

Prosiguiendo en sus consecuencias la dirección del punto de vista establecido en la posesión de los derechos, de la identidad de la persona del heredero con la del difunto, los romanos hubieran podido llegar á admitir el paso al heredero, con la adicción de la herencia, de la posesión de las cosas, al igual que la posesión de los derechos; pero no ha ocurrido así. Faltaba al efecto un interés práctico, porque la *hereditatis peticio* se daba al heredero, en lugar de los interdictos posesorios (2),

---

(1) *Int. de itinere* (1, 3, § 6 10), *de itin* (43, 19), *de aqua* (L, 1, § 37), idem (43, 20), ... *et successoribus dantur interdicta et emtori* (L, 2, § 3). *Si serv. vind.* (8, 5).

(2) He llamado la atención acerca de esta función de la *hereditatis peticio*, supletoria de los interdictos posesorios, en mi disertación inaugural: De la

y el curso de la usucapión no se interrumpía por la muerte del testador. Prácticamente, pues, ocurría lo mismo que si la posesión hubiere continuado durante la *hereditas jacens* y pasado *ipso jure* al heredero. Su posición en el derecho, con relación á los dos efectos jurídicos de la posesión: la protección jurídica y la usucapión, era exactamente lo mismo que si hubiera poseído durante ese tiempo. Sólo el interés teórico del mantenimiento de la noción tradicional de la posesión, impidió á los juristas romanos admitir, que la posesión persistiera mientras la herencia estaba vacante y se transfiriese al heredero con la adición de la herencia. Descargando la usucapión de la condición de posesión, se habría dado ya el primer paso para librar á los efectos de la posesión, de la existencia real de sus condiciones legales. Si la *hereditatis petitio* no hubiera evitado á la jurisprudencia, la necesidad de organizar de un modo regular, por medio de los interdictos posesorios, la protección posesoria del heredero, no habría vacilado en avanzar un paso más para dejar la posesión persistir, pasando al heredero con relación á la posesión posesoria, tal cual lo hiciera con relación á la usucapión. La anomalía, después de todo, no hubiera sido mayor que en lo referente á la continuación de la posesión, á pesar de haber sobrevenido la locura; en uno y otro caso, la posesión continúa sin voluntad, y por lo que se refiere á la transmisión de la posesión de derechos, ó cuasi posesión, del testador al heredero, toda vez que en uno y otro caso el heredero adquiera la posesión, sin acto exterior, á causa de la identidad jurídica de la persona. Este último paso fué dado realmente por el derecho francés, el cual se distingue, en otros puntos también, de todas las demás legislaciones modernas, por la libertad con que trata la noción de la posesión (1): la posesión, al igual que la propiedad, pasan al heredero por ministerio de la ley (2).

---

hereditatis possidenti (1842) (*Vermischte Schriften*, 1879, pág. 45). Bähr puso recientemente de manifiesto dicha función: véase *Urtheile des Reichsgrrichts mit Besprechungen*, Munich y Leipzig, 1883, págs. 49-50. En ningún autor anterior he visto indicada tal función.

(1) Véase mi *Esp. del D. R.*, 4.ª edic., vol. 3.°, pág. 430, nota 592.

(2) En virtud de la máxima *Le morte faisit le vif* (traducida de Tiraquell: *mortuus facit* POSSESSOREM *vivum sine ulla apprehensione*) *Zachariä,—Handbuch des französischen Civilrechts*, vol. 4.°, § 609). Los germanistas discuten acerca de si,

El espiritualismo antes mostrado en la manera de tratar la relación posesoria, no se armoniza muy bien con la regla que hasta los juristas romanos conservan, y según la cual para adquirir la posesión es preciso la apropiación corporal de la cosa. Tal hace Pablo, cuando dice (R. S. V., 2, 1, y L. 8, *h*, *t.*): *possessionem acquiri* CORPORE *et animo*. Sabido es que *corpus*, en estos dos textos, no tiene el sentido que hoy le damos: la relación corporal con la cosa (1), sino la *manifestación* real de la voluntad de apropiarse la cosa. En rigor, la regla no podía ser ya mantenida, ni aun en el sentido propio de la doctrina romana, pudiendo refutarse á Pablo con sus propias palabras, citadas más arriba: *non est enim* CORPORE... *necesse adprehendere possessionem*. A los juristas romanos mismos no se les ha ocultado esto. Así ocurre que Juliano, para rechazar la objeción, *quod a nullo* COR-

según los derechos alemanes de la Edad Media, la transmisión legal de la *Gewere* daba al heredero la posesión, ó sólo el derecho de apropiarse la posesión (véase Stowe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, vol. 5.°, § 281, nota 4.ª). En mi concepto, esta última opinión no es más que una concesión inútil á la teoría romana de la posesión. En la práctica, quien tiene los derechos de poseedor, es poseedor; importando poco que existan ó no en su persona las condiciones exteriores de la posesión; es lo mismo que falta al poseedor ausente cuando otro ha tomado posesión del fundo, al poseedor del *saltus aestivi* durante el invierno, ó al loco; esto es, la *civilis possessio* en el sentido de posesión, admitida jurídicamente, á falta de sus condiciones legales *exteriores*. Que los juristas romanos hubieran sido capaces de elevarse hasta esta manera de tratar la posesión, y seguramente la hubieran admitido en los casos análogos. El punto de vista en el cual es preciso colocarse, al tratar las cuestiones de posesión, no es el de esta consideración, por decirlo así, de Historia natural, según la cual, se debe saber si un acto al que la ley señala como efecto la adquisición de la posesión y de la propiedad, contiene en el sentido natural, las condiciones exigidas para admitir una relación posesoria, sino más bien la consideración jurídico práctica, según la cual, todo está en saber si los *efectos* de la posesión existen ó no existen. Si existen, debe el jurista admitir la posesión, correspondiéndole modificar, si fuere necesario, sus ideas anteriores sobre la misma. La censura que se quisiera dirigir al legislador, por no haberse preocupado con la noción científica de la posesión, recae sobre el jurista, que la ha ideado demasiado estrecha. Si los juristas romanos hubieran tenido las ideas tan estrechas, no hubieran podido admitir toda una serie de reglas, que no se armonizaban con su noción tradicional de la posesión; pero no sólo eran bastante inteligentes para no oponerse al interés práctico que las informa, sino que ni aun vacilaron siquiera en ampliar convenientemente la noción de la posesión—*los juristas romanos no son reos culpables de romanismo.*

(1) Véase, por ejemplo, Puchta, *Pandekten*, § 123: «En la posesión se comprenden dos elementos: 1.°, la relación corporal con la cosa, la cual permite ejercer sobre ella el poder de hecho *(corpus)*; 2.°, la dirección de la voluntad hacia la cosa *(animus)*».

PORALITER *ejus rei possessio detineretur*, llame en su auxilio, en la L. 79, *de solut.*, esta consideración: *quodammodo* MANU LONGA *tradita existimanda est*. La *manus* debe ser el medio con que ha de apropiarse la cosa, pues que una simple declaración de la voluntad no basta, por lo que el jurista acude al expediente de sustituir la mano real con la fingida, suponiendo una prolongación de aquélla. Pero en otro sitio, en la L. 51, *h. t.*, rinde homenaje á la verdad diciendo: ANIMI QUODAM GENERE *possessio erit æstimanda*, reconociendo así abiertamente, que la condición de realización *real* de la voluntad de poseer *(corpore)*, no debe ser mantenida, debiendo más bien ser reemplazada, por una realización ideal ó espiritual *(animi quodam genere)*.

La circunstancia de que hoy damos á la expresión *corpus*, un sentido distinto del que le daban los romanos, ha entrado por mucho en la inobservancia del hecho que acabo de señalar. Para nosotros, nada tiene de extraño admitir que la posesión se adquiere, sin apropiación real de la cosa, porque nuestra noción actual del *corpus*, está concebida de una manera bastante amplia, para poder comprender también la apropiación espiritual. Pero esto no cae en modo alguno bajo la noción romana, por lo que, la regla indicada sobre la adquisición de la posesión, nos presenta uno de los casos tan frecuentes en la historia del desenvolvimiento de la jurisprudencia romana, en los cuales la fórmula doctrinal tradicional se ha revelado como insuficiente, habida cuenta el progreso real del derecho, sin que, no obstante, se haya reemplazado por una mejor.

El lenguaje moderno, con relación al *corpus*, ha tenido para nosotros otra consecuencia más peligrosa aún. Nosotros descomponemos la relación posesoria en dos elementos: *corpus* y *animus*: entendiendo por el primero, la mera relación de lugar con la cosa, y por el segundo, el acto por el cual la voluntad se aprovecha de esa relación, y hace de ella una relación de posesión. Colócanse de este modo el *corpus* y el *animus* en una sola y única posición, como dos elementos completamente independientes, á riesgo de caer en el error de creer que el *corpus* sería posible sin el *animus*, al modo como el *animus* es posible sin el *corpus*. De esta manera, la mera relación de lugar adquiere la importancia de un factor que precede al *animus*, que le pre-

para el lecho, en el cual aquél no tiene más que acostarse. En realidad, el *corpus* no puede existir sin el *animus*, como el *animus* tampoco puede existir sin el *corpus*. Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. La posesión no es, pues, la simple reunión del *corpus* y del *animus*, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una *existencia previa*, sino que el *corpus* es el *hecho* de la voluntad: no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de pronunciada. El *corpus* y el *animus* son entre sí como la palabra y el pensamiento. En la palabra toma cuerpo el pensamiento, hasta entonces puramente interno: en el *corpus* toma cuerpo la voluntad, hasta aqnel momento puramente interior; ninguno de los dos existía antes de entonces para la percepción. La relación de lugar no tiene otra importancia, que la de ser la condición indispensable de la realización de la voluntad de poseer; pero no se convierte en *corpus*, sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria. Si la relación de lugar encerrara en sí ya, el *corpus*, los juristas romanos, en los dos casos citados más arriba, en los cuales existía incuestionablemente, hubieran debido dejar surgir la posesión de la mera declaración de voluntad. Pero al exigir además una manifestación real de la voluntad de tomar, ó sea el *animus*, no se limitan á añadirle aquí, como un segundo elemento, á aquel primero ya existente, sino que lo *crea* manifestándose. En el *detentor alieno nomine*, la relación con la cosa lleva ya en sí el carácter del *corpus*, tiene, en efecto, la *corporalis* ó *naturalis possessio*. Con mayor razón debería bastar aquí, para alcanzar ese resultado, la declaración hecha, por ejemplo, ante testigos en interés de la prueba. Pero aquí también el *animus* debe realizarse en el *corpus*, lo cual se advierte en el hecho de que el tenedor se conduzca como propietario: enajene la cosa, se niegue á entregarla al dueño de la posesión, niegue haberla recibido, le prohiba la entrada en el fundo.

A estos ejemplos ó pruebas, de que también se sirve Pininski (1), en su exacta demostración de la concepción de la vo-

(1) *Der Thatbestand des Sachenbesitzerwerbs*, Leipzig. 1885, pág. 143. Se ha adho-

luntad de poseer, tal cual yo la entiendo, añadiré el siguiente, muy á propósito para enseñarnos lo que los juristas romanos entendían por *corpus*. Dice Pablo en sus *Sententiæ receptæ* (V. 2, § 1): *Possessionem acquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno*. Yo he comprado árboles, que deben ser plantados, en el otoño, en el jardín que yo he arrendado, y doy orden al vendedor de hacerlos llevar á él, pero sin haberlo puesto en conocimiento del arrendatario. El vendedor lleva los árboles en ausencia de este último. ¿Cómo se decide aquí la cuestión de la posesión? Existen y concurren ahí ambos elementos de la posesión: el *animus* en mi persona, el *corpus* en la del arrendatario, que tiene la custodia del fundo. Se deberá, según esto, admitir la posesión. No es esta, sin embargo, mi opinión, porque al supuesto *corpus* en la persona del arrendatario le faltaba el *animus*, no existiendo por tal motivo ninguna relación de tenencia, sino una simple relación de lugar. Se necesitaría en su persona la voluntad para cambiar esta relación en una relación posesoria. En el tenedor hay también el *corpus* y tras él el *animus* (IV), y cuando en el texto antes citado Pablo nos concede la posesión en caso de representación, *animo utique nostro, corpore alieno,* no quiere por esto *negar* el *animus* en la persona del representante, sino que tan sólo dice que el representante puede dispensarnos de la manifestación *real* de la voluntad de poseer, y que, por nuestra parte, podemos limitarnos, respecto de él, á la expresión *verbal* de esta voluntad.

No sé yo si debo preocuparme con la objeción de que los árboles en el jardín arrendado, deben ser considerados como el jardín en el cual nosotros mismos nos encontramos. Ahora bien: si en este último caso adquirimos inmediatamente la posesión, ¿por qué no la adquirimos también en el segundo? La diferencia entre los dos casos consiste, en que en el uno, ejerce-

---

rido á su opinión Windscheid, en la 6.ª edición de su *Lehrbuchs* (1881), § 153, nota 1.ª, resumiéndola de un modo excelente en estos términos: «El poder de hecho debe ser la expresión de la voluntad de apropiarse la cosa. No basta la mera unión del poder de hecho y de la voluntad de apropiarse la cosa; es necesario que haya una relación entre ellas. La voluntad de apropiarse la cosa debe dirigirse hacia esta cosa, como si se encontrara bajo el poder de hecho.»

mos nosotros mismos la *corporalis possessio* del jardín, mientras que en el otro la ejercemos por medio del arrendatario. Lo que es verdad, respecto de nosotros, en el primer caso, lo es también respecto del arrendatario en el segundo. Si no adquirimos la posesión de las cosas que llegan sin nuestra voluntad á nuestro fundo, el arrendador no puede tampoco adquirir para nosotros las cosas transportadas al fundo, á nuestro nombre, pero en su ausencia. No existe el *corpus* en su persona más que cuando adjunta el *animus;* hasta ahí sólo hay una simple relación de lugar, siendo indiferente la circunstancia de que el jardín me *pertenezca,* puesto que hemos concedido al arrendatario la tenencia, y con ella la custodia. De no ser así, yo adquiriría también la posesión, *«quanquam id nemo dum attigerit»* (L. 18, § 2, *h. t.)*, de las botellas de vino pedidas por mí y las cuales hubieran sido, por error y por mi mandato (por ejemplo, durante mi ausencia), entregadas en el cuarto bajo alquilado á otro, en lugar de entregarlas en el piso primero, que es donde yo vivo. No puede tratarse de adquisición de la *corporalis possessio*, por el efecto de la *custodia*, sino cuando yo mismo ocupo *corporaliter* el lugar. Ahora bien: no ocupo *corporaliter* ni el jardín, ni el piso bajo alquilado, y, en su virtud, no puede la simple aparición de la cosa en tal espacio procurarme la posesión de la misma sin una intervención personal. Mientras el inquilino ignore, ni él ni el dueño tienen la posesión; ésta es del que entrega la cosa, y así podrá hacerla buscar sin quitar la posesión á otro. Si el inquilino toma las botellas para sí, en la idea de que estaban destinadas para él, adquiera la posesión. Si el dueño le hace saber que las botellas se debían haber entregado en su propia casa, la posesión se adquiere por aquél.

Completaré las antecedentes explicaciones acerca de la relación entre el *corpus* y el *animus*, mediante un paralelo que me parece muy instructivo, y que tomo del derecho consuetudinario. También en él encontramos dos momentos, uno de los cuales podríamos designar como *corpus* y el otro como *animus; externo* el uno, la costumbre; *interno* el otro, la convicción jurídica, ó bien, *opinio necessitatis*.

Como es sabido, la teoría antigua del derecho consuetudinario puso el primero de esos momentos en primer término,

como momento decisivo, al cual venía á unirse luego como segundo momento la *opinio necessitatis*. En realidad, la relación es la misma que en la posesión. En el derecho consuetudinario el *interés* es también el que pone en movimiento la *voluntad*: el interés que la sociedad tiene en la conservación de un orden dado, no teniendo aquí tampoco el *corpus* otra importancia, que la de ser la *manifestación real de la voluntad*. Aun cuando el derecho consuetudinario no se ha formado inmediatamente como tal, sino que ha recorrido primero la fase del *uso ó costumbre (Sitte)* jurídicamente no obligatorio, la voluntad es quien lo ha creado, tomando en él cuerpo, y conservando esta función cuando luego crea el derecho consuetudinario, esto es, cuando la convicción de la fuerza jurídicamente no obligatoria de la costumbre, se transforma en convicción de una fuerza jurídicamente obligatoria. La voluntad no hace á su vez en ese punto sino manifestar, con una potencia más elevada, el poder de trazar y señalar á la vida el camino que debe seguir; el *corpus* es también en este caso una manifestación real: la obra del *animus*.

IV

Condición de la voluntad en la relación de simple tenencia.

La distinción expuesta anteriormente entre la posesión *(Besitze)* y la mera relación de lugar *(Blossen Raumverhältnisz)* con la cosa, es completamente familiar á la concepción popular. En cambio, la distinción entre la posesión *(Besitze)* y la tenencia *(Detention)*, no lo es. El mismo lenguaje lo atestigua. Con la formación para la primera de la expresión *possessio*, ha demostrado que tal noción penetrara en la conciencia del pueblo, ya que el lenguaje es el inventario de las nociones. Las expresiones pertenecientes al lenguaje del pueblo prueban que las nociones que designan pertenecen al pueblo (*Volk*); las expresiones extrañas á ese lenguaje, y que la ciencia hubo de formar por adelantado, tales como la de tenencia *(Detention)*, prueban que las nociones que designan pertenecen á la *ciencia*.

Nuestra expresión de ahora: *tenencia* ha sido tomada del latín, sin duda, pero sabido es que no es romana, presentándose aquí el hecho extraño de que la jurisprudencia romana no posee *terminus technicus* para una de las nociones más fundamentales de la teoría de la posesión. Para designarla emplea la expresión *possessio*, añadiendo NATURALIS, lo que significa una manera de salir del paso no muy adecuada, en cuanto se sirve de la misma expresión en otro sentido *(corporalis possessio*, en oposición al *animo possidere)*, no siendo posible saber, sino en virtud de las circunstancias concomitantes, en qué sentido está tomada. Lo mismo ocurre con la expresión *possessio* CIVILIS,

que tiene un doble significado: la relación posesoria *jurídicamente* protegida, y los casos en que el derecho admite la posesión, á pesar *de la falta* de *corporalis possessio*. En un sentido ambas expresiones se refieren á los efectos, y en otro á las *condiciones presupuestas* de la posesión.

Nuestra jurisprudencia actual ha sido la primera en colmar este vacío, creando la expresión de que se trata, con lo cual se nos ofrece un hecho que la distingue, poniéndola por encima de su maestra romana. No tiene esta última expresiones técnicas para una porción de relaciones jurídicas de las más usuales (por ejemplo, la copropiedad, el copropietario); no se ha preocupado con la necesidad de una designación técnica de semejantes relaciones, revelando en este punto del lenguaje una sorprendente impotencia. Nuestra moderna jurisprudencia la ha superado en este respecto de un modo notable, sabiendo apreciar plenamente, y satisfacer de un modo adecuado, las exigencias de un lenguaje científico propio, con lo cual ha sabido mejorar de un modo considerable la teoría jurídica romana. Conviene, sin embargo, no olvidar, que la lengua jurídica de los romanos, fuera de un pequeño número de términos tomados del derecho griego, y conservados bajo su forma griega, coincidía con la lengua del pueblo, faltándole, como á ésta, la precisión exacta y científica, mientras que nuestro lenguaje del derecho, con excepción de un corto número de términos pertenecientes al lenguaje popular, se ha formado por entero en el terreno de la ciencia. Este aislamiento lingüístico ha facilitado extraordinariamente en la ciencia, la formación de nuevos términos del lenguaje. Donde el jurista habla la lengua del pueblo, y el pueblo la lengua del derecho, no es fácil producir términos científicos jurídicos; pero allí donde el jurista habla su propia lengua, la ciencia puede sin dificultad hacer pasar los términos especiales por ella creados. Si se procura comparar el lenguaje artístico del derecho de los romanos, con el de los modernos, producirá seguramente asombro la pobreza del primero y la riqueza del segundo. Por mi parte, recomiendo á los jóvenes este tema: «comparación del lenguaje artístico romano con el moderno»; su estudio permitiría escribir una página hoy en blanco, y la cual tendría importancia superior, para caracte-

rizar adecuadamente nuestra jurisprudencia actual, enfrente de la jurisprudencia romana.

Decíamos, pues, que la descomposición diferencial de la relación posesoria en posesión y tenencia, no cae dentro de la concepción del pueblo, lo cual no impide que la noción general de la posesión en el lenguaje, no se aplique por entero á ambas. Todo cuanto hemos dicho más arriba acerca de la necesidad de la condición de la voluntad, y de su manera de manifestarse en la formación de la relación posesoria, es aplicable lo mismo á la tenencia que á la posesión; y en lo concerniente á las condiciones constitutivas legales de la relación posesoria, esta distinción no entraña consecuencia alguna, por cuanto que tenencia y posesión, están sometidas á las mismas condiciones: *corpus* y *animus*. La misma teoría subjetiva no lo pone en duda, porque la distinción que cree admisible en la voluntad de poseer, según que se trate de la posesión ó de la simple tenencia, deja respecto de ésta intacta la voluntad; advierte el fundamento de la tenencia, no en *la falta* de voluntad, sino en una *calificación* especial de la voluntad de poseer.

Las fuentes reconocen expresamente la condición de la voluntad para la tenencia, en cuanto exigen para la adquisición de la posesión por representante, la capacidad de la voluntad de este último (L. I, §§ 9 y 10, *h. t.*: *Ceterum ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat* INTELLECTUM POSSIDENDI, *et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem)*. Lo relativo á si la voluntad de la persona en el poseedor, debe ser de otra clase, no se resuelve por el momento; pero se puede adelantar la negativa, teniendo en cuenta que Pablo, en el párrafo 3.º de ese texto, donde exige la condición de voluntad en la persona del poseedor que adquiere *para sí mismo*, se sirve á tal propósito de la expresión *affectionem* TENENDI, y en los párrafos 9 y 10, donde habla del que adquiere *para otro*, se sirve de la expresión *intellectum* POSIDENDI: en sus labios, *animus tenendi* y *animus possidendi* tienen un valor completamente igual.

Lo que acabamos de decir viene á ser en el fondo lo mismo que antes hemos indicado (III), pues no se trata sino de una prueba más de que la proposición general que hemos formu-

lado, en cuanto á la condición de la voluntad para la posesión, es igualmente exacta para la simple relación de tenencia. Si no he tratado hasta ahora de este punto expresamente, es porque la condición de que hablamos me ha parecido, en esta aplicación especial, digna de un estudio más detenido, cuyo desenvolvimiento hubiera roto el hilo de mi discurso y cuyo objeto consiste en el interés *práctico* de la distinción entre la relación de tenencia y la mera relación de lugar.

Podría decirse que no teniendo el tenedor simple, derecho alguno á la protección posesoria, no importa nada colocar la relación que tiene con la cosa al par de la simple relación de lugar. Supuesto que el elemento característico, desde el punto de vista jurídico, la protección posesoria, no existe en ninguno de ambos casos, el hecho de que el *lenguaje* establezca entre ellos una distinción, ¿qué importancia puede tener, desde el punto de vista del derecho, la consideración de las dos indicadas relaciones con respecto á la posesión de que se trata?

A lo cual respondo del modo siguiente:

Aun admitiendo que fuese exacto lo de que la relación de tenencia no tiene importancia jurídica, cosa que luego veremos, siempre sería necesario, por razones teóricas, distinguirla de la relación posesoria. Si no por sí misma, por la posesión. Referir la noción de la posesión á la voluntad, es darle un alcance que implica por modo inevitable también la tenencia. No es posible formular un criterio común á ambas relaciones no refiriéndole más que á una sola; una de dos: ó es preciso renunciar á él por completo, ó bien ampliar la noción jurídica (debiendo decirse otro tanto de las reglas de derecho) (1), caracterizada por ese criterio y formulada en beneficio exclusivo de una relación, á todas las demás que presentan el mismo carácter. Si la distinción se impone, es preciso buscarla en otro sitio. Esta especie de coacción lógica podría llamarse perfectamente *la acción reflexiva de las nociones* ó conceptos. La noción formulada respecto de una relación, beneficia á otra: para que

(1) Véase mi obra sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, pág. 64 de la trad. esp.

pueda aplicarse á la primera, se ha de admitir necesariamente con respecto á la segunda.

Ahora bien: la relación de tenencia, aun desprovista de toda importancia práctica, no por eso deberá dejar de separarse de la simple relación de lugar, si no en atención á ella misma, por lo menos en atención á la posesión y á la fuerza misma de los principios. Pero no se está en lo cierto al afirmar lo de la falta de importancia práctica. A la relación de tenencia, tanto absoluta como relativa, refiérense consecuencias prácticas que no entrañan la mera relación de lugar; y siendo esto así, la necesidad *práctica* de hacer una distinción se impone: *no hay* relación de tenencia que esté desprovista de *importancia* desde el punto de vista del derecho, aun cuando esta importancia sea menor que la de la posesión.

El simple tenedor goza también de la protección del derecho; protección que, para distinguirla de la protección posesoria en el sentido tradicional de la palabra, y que yo llamo protección posesoria perfecta, denominaré protección imperfecta.

A este interés de la relación de tenencia en el *tenedor mismo*, y que existe lo mismo en la tenencia absoluta que en la relativa, júntase en esta última el interés del *señor* ó *dueño de la posesión*.

Punto es este que no exige explicación alguna: de la tenencia simple depende la posesión del señor ó dueño. Una mera relación de lugar de aquel á quien hemos encomendado la adquisición de la posesión para nosotros, no nos procura la posesión; este intermediario debe ser por sí capaz de voluntad, y de haber hecho por nosotros, todo lo que exigiría la adquisición de la posesión en su propia persona. Su misma conducta ulterior no nos es indiferente. Tiene nuestra posesión en sus manos: de un modo absoluto cuando se trata de cosas muebles, hasta cierto punto cuando se trata de cosas inmuebles. La cuestión de la tenencia es, pues, tanto para el nacimiento cuanto para el sostenimiento de la posesión, de suma importancia: en la tenencia encuéntrase la posesión, y para juzgar si verdaderamente la hay, el juez debe atender á la relación de tenencia (importancia jurídica *mediata*).

La importancia jurídica de la tenencia para el tenedor mis-

mo (importancia *inmediata* de la relación de tenencia), manifiéstase en la protección que el derecho le dispensa.

El derecho protege también al tenedor simple; pero esta protección difiere de la dispensada al poseedor. Reconocida por nuestro derecho moderno, que pone á su disposición en el *sumariissimum* y en la *actio spolii* los mismos medios que concede al poseedor, tal protección lo concebía ya el derecho romano: era doble y consistía en el derecho de propia defensa y en las acciones (1).

La defensa propia (Selbstverteidigung).—Corresponde este derecho á toda persona á quien se trate de arrebatar una cosa que está en sus manos. En su virtud, corresponde lo mismo al tenedor que al poseedor, y al tenedor absoluto al igual que al relativo. Como ejemplo de una relación de tenencia absoluta de nuestros tiempos, citaré el caso de estar sentado en un banco, en un parque público (en derecho romano no podía haber posesión en ese caso, porque la cosa formaba parte de las *res publicae)*, y el de un marino que ha sujetado con las amarras su

---

(1) En la obra anteriormente citada (págs. 40 y sigs.). J. Bähr llama la atención en sus excelentes explicaciones sobre el derecho de posesión actual, acerca de la protección jurídica de la relación de simple tenencia relativa, colmando así una laguna de nuestra literatura, pues le sobra razón cuando afirma, que la materia de la posesión se ha considerado siempre en nuestros tratados, sólo en el sentido de la *possessio* romana, y que la importante cuestión de la relación de la posesión real (entendida por él como tenencia propia, considerada por mí como relación de tenencia interesada) con la posesión romana se ha pasado en silencio. Por mi parte, he tratado de esta comparación durante varios años en mis cursos, y especialmente en mi obra sobre *La protección jurídica contra las lesiones injuriosas* (*Jahrb.*, vol. 23, páginas 260 y sigs., en francés). Las explicaciones que siguen difieren en dos puntos esenciales de las de Bähr, con el cual, por lo demás, estoy en el fondo enteramente de acuerdo. En primer término, se completa demostrando que el derecho romano ponía ya varias acciones á disposición del tenedor, mientras que Bähr (pág. 44) sostiene que «los romanos no concedían protección alguna al simple poseedor de hecho». Por otra parte, no llego tan allá, pues que no admito el derecho de retención y el *jus tolendi* concedidos por Bähr al poseedor real. No es que yo quiera discutir esos dos derechos, pero dependen de condiciones especiales y no se producen en toda relación de tenencia, y mi objeto en lo que sigue no ha sido más que exponer la situación jurídica del tenedor *como tal*, frente á la del poseedor también como tal. Por ese mismo motivo me abstengo de mencionar la modificación que se produce en la posición del tenedor relativo frente al señor ó dueño de la posesión; punto de que hablaré en lugar más adecuado (XV).

nave á un punto determinado de un río público ó de un puerto. Ambos tienen ocupados el puesto, y pueden, en su virtud, mantenerse en su ocupación por la fuerza. Lo mismo ocurre con la toma de posesión de las cosas objeto de una propiedad privada entregadas al uso público, tales como los asientos en los coches de los ferrocarriles, las sillas y los periódicos en las fondas. No me importa saber por el momento si se ha de admitir aquí una tenencia nacida de un contrato, y por tanto, relativa. En todos estos casos hay, no una simple relación de lugar, sino una relación de tenencia, en cuanto que la voluntad se ha incorporado en la relación con la cosa; y el que trate de arrancar esta cosa de mi poder, ataca mi voluntad, y, por consiguiente, á mi personalidad, que tengo el derecho jurídicamente, y el deber socialmente, de defender. En cambio, no tengo el derecho de emplear la fuerza contra el que me precede en la ocupación de esas cosas. El cazador que mata la pieza perseguida por otro, no comete injusticia con respecto de este último: cada cual puede adelantarse á los demás en la apropiación de las cosas que están sin poseedor, aun cuando fuera visible la intención de éstos hacia ellas, y su relación en el espacio fuese más próxima; hasta entonces sólo había entre su persona y la cosa una mera relación material, sin importancia jurídica.

La acción.—El medio jurídico destinado en general á la protección de la posesión y de la tenencia fuertemente, es la *actio injuriarum* (1). Presupone, como la defensa propia, que el demandante tiene la cosa en su poder, sea en forma de posesión, sea en la de tenencia. Quien trate de arrebatarme una cosa que tengo, ataca mi voluntad, realizada en la relación con la cosa, esto es, ataca mi personalidad; estando precisamente destinada á proteger ésta, la *actio injuriarum*. Tal condición no existe en la cosa que yo no tengo todavía, pero que yo cuento apropiarme: el derecho no protege la simple intención, sino la voluntad realizada.

A la *actio injuriarum*, que se aplica á todas las formas abso-

---

(1) Sobre lo mismo, véase mi disertación en mi *Jahrbuchern*, XXIII, número 6.°

lutas ó relativas de la relación de tenencia, júntanse también, para ciertos casos, acciones especiales, particularmente para el arrendatario y el inquilino, el *interdictum quod vi aut clam*; para la tenencia de un *locus publicus* el *interdictum de loco publico fruendo;* para los *immissi ex primo decreto* los medios jurídicos destinados á protegerlos; para los herederos, la extensión de la *hereditates petitio* á las cosas simplemente tenidas por el difunto. La afirmación de que el tenedor no está jurídicamente protegido, es, pues, completamente falsa: goza, en verdad, de la protección del derecho, si bien es menos extensa que la concedida al poseedor, por cuanto al lado de los medios de protección enumerados antes, que le son comunes con el tenedor, goza también de los interdictos posesorios. En estos últimos, según resulta de lo expuesto, el derecho se ha elevado por encima de la idea de la protección de la *voluntad* y de la *personalidad* en las relaciones posesorias, siendo menester, por consiguiente, motivarlas legislativamente, acudiendo á otra razón ideal. Esta razón, que yo he desenvuelto en mi obra sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, es la del complemento de la protección de la propiedad por la facilitación de la prueba. Prueba de la simple *exterioridad (Thatsächlichkeit)* de la propiedad.

Las indicaciones antecedentes nos han revelado de un modo manifiesto el influjo jurídico que el derecho concede á la simple voluntad considerada como tal. La relación posesoria es un hecho de la voluntad, que el derecho respeta por serlo, y en el cual reconoce y protege la fuerza de la voluntad como tal. En todos los otros dominios del derecho, la voluntad, para engendrar los efectos que procura, está ligada á las condiciones que el derecho le asigna: en el dominio de la posesión, crea, como tal voluntad, una relación jurídica con la cosa, á la cual no podemos menos de reconocer el carácter de *relación jurídica*, por débil que ella sea. Toda relación á la cual el derecho atribuye *efectos jurídicos*, es una *relacion jurídica* (1).

---

(1) Me remito á mis investigaciones acerca de la idea del Derecho, en su sentido subjetivo, en mi *Espír. del Der. Rom.*, tomo 4.º, § 60. Bähr, obra citada, págs. 39 42, está conforme conmigo acerca del carácter de la tenencia

El interés de una distinción exacta entre la tenencia y la simple relación de lugar, sin importancia jurídica, no es, pues, solamente *lingüístico* y *de concepto*, sino *práctico* también.

Resumiendo nuestra noción de la relación de tenencia, diremos que la tenencia es una relación de la persona con la cosa, con efectos jurídicos, pero menores que los de la relación de posesión. En la escala de las relaciones jurídicas de la persona con la cosa, la tenencia ocupa el último lugar. El *primero* corresponde á la propiedad y á los *jura in re;* el *segundo,* á la *bonæ fidei possessio;* el *tercero,* á la posesión; y el *cuarto,* á la tenencia.

¿Cuál es la razón de este menor efecto concedido á la tenencia comparada con la relación posesoria? ¿Qué es lo que le falta para ser posesión? Cuestiones son éstas á que responderemos en las explicaciones que siguen.

---

como relación jurídica, si bien invoca para justificarle el desenvolvimiento moderno de la protección posesoria; opinando yo que la tesis es exacta, aunque sea en derecho romano.

V

Relación de la tenencia y de la posesión según las dos teorías.

¿Qué le falta á la simple tenencia para constituir la posesión? Entiéndase que, salvo indicación contraria, en adelante me referiré á la tenencia relativa.

Pues bien: según la teoría reinante, el *animus rem sibi habendi* ó *animus domini*. La voluntad del tenedor no tiende á poseer la cosa para sí, sino para el señor ó dueño de la posesión *(Besitzherrn)*. Según esta teoría, la diferencia entre la posesión y la tenencia, descansa en una calificación de la voluntad de poseer. El derecho no hace más que sacar las consecuencias de la voluntad, concediendo la posesión al poseedor que quiera tenerla, y negándola al tenedor que no la quiere.

Según mi teoría, la importancia de la voluntad para la doctrina de la posesión, estriba por entero en la distinción hecha antes (III, IV) entre la relación posesoria en su sentido lato, tal cual la hemos definido, y la simple relación de lugar. La distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, pues es exactamente la misma en el tenedor y en el poseedor. En uno y otro existe el *corpus* y el *animus*, y si el primero tiene, no la posesión, sino la simple tenencia, el fundamento de esto está, según la teoría objetiva, en el hecho de que movido por motivos prácticos, el derecho, en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de esta última.

Hay casos en que una fórmula algebráica puede contribuir

adecuadamente á aclarar y poner de manifiesto las relaciones teóricas. Paréceme que el caso presente es uno de esos, y así pido venia para recurrir á ese medio, que por otra parte nos permitirá indicar con una sola letra los dos elementos en que se apoya la diferencia entre ambas teorías.

Designaré la posesión con x; la tenencia con y; el *corpus* con c; el *animus*, que debe tener también el tenedor según la teoría objetiva (IV), con a; el elemento de más que según esta teoría se añade en la posesión, con α; y la disposición de la ley, que según mi teoría niega la posesión en ciertas relaciones, con n. Según esto, la fórmula para la teoría subjetiva sería:

$$x = a + \alpha + c$$
$$y = a + c$$

y para la teoría objetiva será:

$$x = a + c$$
$$y = a + c - n$$

Veamos esas fórmulas un poco más cerca. Las dos teorías toman como base las condiciones necesarias, según su común sentir, para toda relación posesoria: esto es: $a + c$. Lo que hay aquí, según la teoría objetiva, es que la reunión de esas condiciones, engendra ya la posesión, mientras que, según la subjetiva, no engendra más que la tenencia. Según ambas, la descomposición de la acción posesoria, en posesión y en tenencia, resulta de la unión de otro elemento. Según la una, es éste un factor *negativo*: $-n$; según la otra, es *positivo*: $+\alpha$. La primera tiene por punto de partida la posesión; la segunda, la tenencia; para aquélla, la adición del elemento diferencial cambia la posesión en tenencia, la relación posesoria *desciende* del grado en que se encontraba en un principio: para ésta, la detención es la que se convierte en posesión, la relación posesoria *sube* del grado inferior, la tenencia se *eleva* así á posesión. (1) El movimiento dialéctico de la noción de posesión es, por tanto, diametralmente opuesto en ambas teorías; en uno se produce de

---

(1) Savigny, *Recht des Besitzes*, § 9: el *animus* del tenedor «no es en modo alguno necesario para que la tenencia se *eleve* á posesión».

abajo arriba, de lo menos á lo más; en el otro de arriba abajo, de lo más á lo menos.

La consecuencia para la construcción *sistemática* de la doctrina de la posesión estriba, en que la teoría subjetiva deberá comenzar la *doctrina de la posesión,* con la noción de la tenencia, mientras que la objetiva, en consonancia con su concepción de la relación posesoria, encuentra como punto de partida ya la posesión. Realmente, aquel método didáctico es impracticable, pues, en definitiva, la exposición de la doctrina de la posesión, para ser clara, no puede comenzar sino por la posesión elevándose de ella á la tenencia.

Los elementos capitales deben ser demostrados por quien necesita hacerlos valer. Según la teoría subjetiva, aplícase ésto al demandante que sostiene tener la posesión en lo tocante al elemento: α; la simple prueba de $a + c$ sólo basta para y, para la tenencia; para la de x es preciso además α, esto es, el demandante debe probar el *animus rem sibi habendi*. Según la teoría objetiva, para x basta $a + c$, esto es, el demandante cumple con probar la existencia exterior de la relación posesoria (III); corresponde al demandado probar la *negación*, $-n$, esto es, demostrar que una *causæ detentionis* legal, priva en tal caso, de su efecto ordinario, á las condiciones aparentes de la posesión.

Según nuestra teoría, en cada caso *concreto*, se debe admitir x, mientras no se procure la prueba de n; ahora bien: si es exacto, es preciso admitir esto de un modo absoluto aun para la teoría *abstracta* de la posesión; esto es, que donde quiera que el derecho romano no ha decidido referir una solución dada á la posesión ó á la tenencia, debemos inclinarnos á la primera. En su virtud, podemos formular esta regla capital: *la noción de la tenencia en el derecho romano no debe aspirar á función alguna que no le esté asignada en las fuentes.* Según la teoría subjetiva, seria necesario admitir la tenencia en todos esos casos que denominaré *problemáticos*; faltando *in concreto* ó *in abstracto* la prueba de α, no puede haber, según ella, más que y.

De la aplicación de la regla formulada á las relaciones particulares comprendidas en esas condiciones, trataré más adelante. (XVII: Relaciones posesorias problemáticas).

Más arriba quedan desenvueltas las consecuencias que ambas fórmulas implican. De los cuatro elementos, con los cuales funcionan, los dos que les son comunes, *a* y *c*, ya han sido explicados (III), en vista del fin que perseguimos, mientras que los otros dos, *x* y *n*, sólo han sido ligeramente indicados hasta aquí. Piden un estudio más profundo. Para el del primero me remito á más adelante (XIV), pasando ahora á tratar inmediatamente del segundo.

Dejemos por algún tiempo la relación de tenencia relativa, la única que aquí nos importa, para fijarnos en la absoluta. Debemos considerarla con un doble propósito. En primer lugar, nos proponemos probar que, realmente, nuestro *n*, por el momento totalmente hipotético, es conocido del derecho romano—*evidencia histórica de n*—y que, por consiguiente, no introducimos nada de extraño en sí, al derecho romano, al servirnos de *n* para explicar también la relación de la tenencia relativa. Nos proponemos también hacer ver por la forma que reviste ese factor, su naturaleza y su función—*definición de n*—al efecto de poder aplicar el resultado obtenido á la relación de tenencia relativa.

Las *res extra commercium* no pueden, según el derecho romano, ser objeto de la posesión. No dice si sólo es cuando el que las tiene en su poder conoce su cualidad ó también aun cuando la ignore. El único texto de nuestras fuentes que á esa relación se refiere, la L. 30, § 1, *h. t.*, habla del caso en que un individuo entierra un cadáver en su fundo, sabiendo, ó debiendo saber, que el sitio se convierte en un *locus religiossus*, determinando la pérdida de la posesión, que motiva de este modo:

> *Namquam locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus sicuti hominem liberum.*

La doctrina reinante admite que la imposibilidad de la posesión de las *res extra commercium* es de naturaleza *objetiva*, y que, por tanto, el conocimiento ó la ignorancia subjetiva nada tienen que ver en la cuestión, estimando yo que tal opinión es la cierta. Más tarde tendré ocasión de indicar el fundamento que en mi concepto impone esta solución.

Tomada como fundamento esta opinión, tenemos inmediatamente nuestro *n*. Las condiciones positivas de la posesión vense aquí desprovistas de su efecto ordinario; $a + c$ según nuestra teoría, $a + \alpha + c$ según la teoría subjetiva, no engendran aquí x, sino y; el fundamento no puede, pues, radicar más que en el factor *negativo n*, que priva aquí de su efecto á las condiciones positivas; surge aquí un *impedimento posesorio* legal, el cual se interpone en el camino de la posesión. Según lo que más arriba queda dicho (IV), es inútil hacer notar que es preciso admitir y, y no una mera relacion de lugar.

Tenemos otro caso de relación de tenencia absoluta en la teoría de posesión del fundo de un ausente. En tal caso, la posesión del ausente no cesa de un modo inmediato, y como una *compossessio plurium in solidum* es imposible, resulta que el ocupante *(occupant)* sólo obtiene la tenencia; pero como no tiene la intención de poseer para el ausente, sino para sí mismo, la tenencia es *absoluta*. La realidad positiva, completa, de la posesión, manifiéstase en la persona; esto es, no concurre sólo el $a + c$ de nuestra fórmula, sino también el α de la teoría subjetiva: el *animus rem sibi habendi*, el *animus domini*. También en este caso es nuestra *n* quien priva de sus efectos ordinarios á las condiciones positivas de la posesión.

Al lado de estos dos casos de tenencia *absoluta*, á los cuales podríamos añadir otros, por ejemplo, la tradición de fundos de parte del colono—no transmite la posesión por falta de *possessio vacua*,—cabe poner uno de tenencia *relativa:* la de las personas que componen la familia, por el jefe de la misma. Tampoco aquí el obstáculo contra el cual tropieza la posesión es de naturaleza subjetiva; es de naturaleza objetiva; opónese á su posesión, aun cuando tengan motivos jurídicos para creerse capaces de poseer, por ejemplo, el hijo de familia que recibe la falsa noticia de la muerte de su padre, ó el esclavo instituído heredero en un testamento cuya nulidad ignora. A pesar del *animus rem sibi habendi*, su relación posesoria conserva un carácter de tenencia, porque el motivo que le ha impreso ese carácter hasta tal momento, la relación de poder, continúa existente. Tampoco aquí, como se ve, se excluye la posesión por la falta de α; tal exclusión es obra de nuestra *n*, la regla de

derecho que niega la posesión á las personas sometidas á una potestad.

Con esta relación de tenencia doméstica nos acercamos ya á la contractual, lo cual pone de manifiesto que no se debe afirmar por adelantado como falsa la idea de la posible identidad entre esas relaciones, siendo también una disposición legal, la que niega la posesión al tenedor, sin atender á su *animus*, para reconocerla al dueño ó señor de la posesión, del propio modo que se reconoce al jefe de familia. No añadiré más por ahora; bástame que el lector haya podido convencerse, con lo que precede, que la fórmula $a + b - n = y$, que ha sostenido victoriosamente la prueba en tres relaciones de tenencia, es *posible* para la cuarta que aun me queda. En cuanto á si es exacta realmente, todo dependerá de saber si el derecho romano ha reconocido las consecuencias que implica para la tenencia contractual. Esas consecuencias, que más adelante se indicarán, han de servirnos como de punto de apoyo en la investigación que habremos de hacer oportunamente (XV).

Queda con lo expuesto tratado el primer punto en que por de pronto debíamos ocuparnos; esto es, la *evidencia histórica* de nuestra n en el derecho romano, restándonos determinar los diversos elementos de que se compone. Intentaremos señalar, mediante el examen de las tres relaciones de tenencia citadas, cuáles son los rasgos característicos de nuestra n, al efecto de saber hacia dónde se ha de dirigir nuestra atención, cuando más adelante la apliquemos á la relación de tenencia contractual. El estudio de lo que tenemos como cierto afinará nuestra vista para el reconocimiento de lo que es problemático.

Aquellos rasgos son cuatro, que designaré, respectivamente, con una denominación particular. Nuestra n es una cantidad:

1. *Negativa.*
2. *Jurídico-positiva.*
3. *Práctica.*
4. *De índole objetiva.*

1. Una cantidad *negativa.*—Lo que precede me dispensa de dar más explicaciones sobre este punto. Una cantidad nega-

tiva, que en las cosas prácticas se interpone en mi camino positivo, la denomino *obstáculo (Hinderniss)*, con lo cual nos encontramos ya con la palabra exacta, que inmediatamente ilumina la cues ión, porque pone nuestra *n* en una situación que ya ha encontrado su reconocimiento científico, con relación á otro efecto de la posesión: la *usucapión*. Lo que el *obstáculo de la usucapión* produce para este efecto de la posesión, esto es, la exclusión, por obra de un factor *negativo*, de los efectos de las condiciones *positivas*, existentes por otra parte, de un modo pleno, de la usucapión, el *obstáculo de la posesión (Besitzhinderniss*, que es como yo llamaré en adelante nuestra *n)*, lo produce respecto de este otro efecto de la posesión, para la *protección posesoria (Besitzesschutz)*. La relación es idéntica en ambos casos, tanto desde el punto de vista de los principios, cuanto desde el punto de vista procesal: quien alega el obstáculo, debe su prueba. Los dos casos encuéntranse así, *mutatis mutandis*, comprendidos bajo una misma fórmula: $a + c - n$: la doctrina de la posesión resulta de este modo armónicamente ideada por ambos lados. En los dos casos, la idea es la misma; la ley es la que interviene en el proceso de la realización efectiva de la noción jurídica por ella misma propuesta.

2. Una cantidad *jurídico-positiva*.—Comparando, como poco ha hacíamos, el obstáculo de la posesión con el de la usucapión, estamos en situación de poder ampliar nuestro examen á la usucapión, para que se vea que todos los rasgos que nuestra *n* reviste en materia de posesión, se reproducen en materia de usucapión.

Es incuestionable que los obstáculos de la usucapión tienen un carácter jurídico positivo. Podrá disputarse tal carácter á los obstáculos de la posesión señalados en la primera y en la tercera de las relaciones antes examinadas, diciendo que el motivo que excluye en ella la posesión, es de naturaleza teórica: incapacidad teórica de las *res extra commercium* para *ser poseídas*, é incapacidad de las personas bajo potestad para *poseer*. Pero ningún arte supone eso de sacar de una noción teórica lo que por adelantado se ha puesto en ella. Me lisonjeo de deducirlo todo teóricamente, hasta el obstáculo mismo de la usucapión, en virtud de la incapacidad de la cosa, y comienzo por

introducir en la noción de la usucapión la capacidad de la cosa, é inmediatamente la exclusión de la usucapión, respecto de las cosas no susceptibles de usucapión, muéstrase teóricamente deducida. La noción de la posesión, tal cual el lenguaje la comprende, y tal cual el derecho la hace suya (III), no exige objetivamente nada más que una cosa que pueda apropiarse, y subjetivamente una persona que pueda apropiársela. La posesión, pues, *teóricamente*, no resulta excluída ó rechazada sino allí donde esas condiciones faltan. Donde existen, es teóricamente posible, y si á pesar de todo se rechaza, no es en virtud de la teoría, sino en virtud de una disposición legal. Como todas las demás cosas, las *res extra commercium* son susceptibles de posesión *en teoría*, como las personas sometidas á una potestad son *en teoría* capaces de posesión, al igual que todos los sujetos capaces de voluntad; si el derecho romano no admite la posesión en esos casos, resultará en virtud de una disposición *positiva*, que, por lo demás, está basada en un motivo práctico determinado—todo lo cual nos lleva al tercer elemento de nuestra *n*.

3. Una cantidad *práctica*.—Si me detengo especialmente en este elemento, desde luego se comprenderá que no es para hacer la observación vulgar, de que el derecho se ha dejado guiar en las disposiciones de que aquí se trata, por consideraciones prácticas, sino para *exponer* éstas, y para hacer comprender mediante ellas nuestra *n*.

En el segundo caso antes citado la cosa es evidente. La posesión se niega al ocupante para conservársela al poseedor actual. Lo que la L. 44, § 6, *de usuc.*, (41.3) dice del loco: *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat*, puede aplicarse también al ausente: *ne absentia damnum etiam in bonis afferat*. El ausente, al igual que el loco, no puede, pues, perder la posesión; el curso de la usucapión no puede interrumpirse por esta ocupación, y la protección posesoria—defensa propia, acción—no puede tampoco limitarse. Es el contraste adecuado de la exclusión de la usucapión de las cosas robadas ó tomadas con violencia; el motivo es el mismo en ambos casos: la protección del derechohabiente contra una pérdida injusta según el derecho.

En cuanto á las *res extra commercium*, el fundamento práctico de exclusión de la posesión no está tan á la vista. No basta invocar aquí simplemente la regla que he formulado en otro sitio (1), *que donde no hay propiedad, no puede haber posesión*. Este argumento no puede bastar más que para aquellos que se satisfacen con razones aparentes formuladas á manera de principios. Si yo concibo por adelantado una noción de la propiedad de una manera suficientemente estrecha, para no comprender más que las *res in commercio*, y si luego establezco entre la posesión y la propiedad una relación teórica tal, que la una sea la condición de la otra, todo está, sin duda, en orden, y la noción inclinará la balanza. Pero, en realidad, toda noción en derecho, oculta en el fondo un fin práctico, que es el que ha hecho surgir las reglas de derecho, las cuales el jurista no ha podido formular teóricamente sino después. Tal es lo que pasa en la relación presente. El motivo práctico que ha determinado la exclusión de la propiedad de las *res extra commercium*, consiste en la necesidad de conservarlas en su destino. Es la misma idea de la que poco ha sorprendíamos una doble aplicación, en la exclusión de la usucapión de las cosas robadas ó arrebatadas por violencia, y en la de la posesión, en el caso de ocupación de un fundo de un ausente. También aquí quien se opone frente á la propiedad es nuestra *n*. Lo mismo, exactamente, pasa con la posesión de las *res extra commercium*. El derecho que pudiera admitir esta posesión se pondría en contradicción consigo mismo. No quiere permitir la aplicación de esas cosas á otros fines que aquellos á los cuales están destinadas, y, sin embargo, lo consentiría y lo reconocería bajo la forma de posesión. El derecho no puede proteger á nadie en una posición que él mismo rechaza, ni definitiva—protección de la propiedad,—ni provisionalmente,—protección de la posesión.—Lo provisional no está en su lugar más que allí donde la situación es por lo menos concebible en derecho, lo cual no pasa con las *res extra commercium*.

Pasa lo mismo con la posesión de las personas sometidas á una potestad. También aquí excluye el elemento práctico, no

(1) *La protección posesoria*, trad. esp., pág. 149.

el teórico. Lo que revela cuán poco basta el llamamiento á la doctrina para motivar la incapacidad para poseer, es que el derecho romano nuevo, concede á los hijos de familia la capacidad de ser propietarios y de poseer. Las nociones de posesión y de propiedad estaban en este caso en armonía con la de persona sometida. ¿Dónde está escrito que todo cuanto adquieren pertenece para una necesidad teórica al jefe de familia? Es ésta *una* de las configuraciones posibles de la relación, pero no la única: era la del antiguo derecho de Roma. La del derecho romano nuevo y la de otros derechos se han decidido por otra distinta. Era preciso, pues, en realidad, atender aquí tan sólo á una regla de derecho *positivo*. Según la concepción de los romanos antiguos, la posición del jefe de familia no soportaba que las personas que le estaban sometidas, tuviesen el derecho de promover las contiendas en justicia. Esta exclusión de la *acción* contra él implicaba la de *derechos* en su persona; concederles estos derechos y negarles luego la protección, hubiera sido absurdo; si las personas sometidas á potestad *no tenían acción, tampoco tenían derecho*. La incapacidad de personarse en justicia era una incapacidad de ser propietario y de poseer. De modo que, como no era posible una *rei vindicatio* contra el jefe de familia, tampoco lo era un *interdictum uti possidetis*, *unde vi*, *utrubi*. Ahora bien: desde el punto de vista de la teoría posesoria, esta exclusión de los remedios posesorios, significaba que los personas sometidas no pueden *poseer (civilis possessio)*, que su relación posesoria debe ser considerada como tenencia (*naturalis possessio:* VIII).

Con lo expuesto queda hecha, respecto de la relación de tenencia, doméstica también, la prueba que me incumbía, á saber: que nuestra *n*, que surge aquí ante la posesión bajo la forma del poder del jefe de familia, era una *cantidad práctica*, esto es, se apoyaba en consideraciones nacidas de la configuración misma de la relación, tal cual se la representaba el sentimiento jurídico del pueblo.

4. Una cantidad *objetiva*.—No empleo aquí esta expresión indeterminada, sino para abreviar, y al efecto de marcar la diferencia de los motivos—objetivos—que están fuera de la persona del tenedor, y de los—subjetivos—que obran en su perso-

na. Según la teoría subjetiva, el motivo de la tenencia es de naturaleza subjetiva, obra en la persona del tenedor, en la imperfección de su voluntad de poseer. Pero, como ya se dijo, en las tres relaciones indicadas antes, ese motivo está por encima de su persona; en la segunda y en la tercera, es el interés de un tercero, al cual el derecho entiende conservar ó reservar la posesión; en la primera lo es el interés extraño á toda persona determinada, del mantenimiento del destino social de las cosas. Podemos, pues, decir que en todas las relaciones de tenencia, excepto la contractual, que aun no hemos decidido, la razón de ser de la tenencia reside, no *en ella misma*, sino en un interés que le es extraño: en suma, la nocion de la tenencia no es otra cosa aquí que un *efecto* jurídico *reflejo*.

No es preciso demostrar que ese cuarto rasgo característico del obstáculo de la posesión se representa en el obstáculo de la usucapión. El paralelismo entre ellas es, pues, completo; todos los rasgos característicos de nuestra *n* se aplican á uno y á otro.

He indicado el aspecto que presenta nuestra *n* en las relaciones de tenencia citadas, y he mencionado por tal modo los puntos que deberán fijar nuestra atención, en lo relativo á la tenencia contractual. Nuestra *n* revestirá la forma siguiente: El tenedor ve que se le niega la posesión, no por motivos existentes en su *propia* persona, porque no tiene el *animus domini*, sino en interés del dueño ó señor de la posesión, y para concederle la posición jurídica del poseedor. Como no es posible una doble posesión, es preciso necesariamente, para conciliar la relación posesoria del tenedor con la posesión del dueño, reducirla á una simple posesión. En resumen, *tiene á fin de que otro posea*, al igual que el que se ha apoderado del fundo de un ausente, ó como la persona sometida. En estos últimos casos es la posesión del ausente ó la del jefe de familia; en las relaciones contractuales trátase de la del dueño, que constituye nuestra *n* y que impone á la relación posesoria del tenedor el sello de la mera tenencia.

Esta configuración de la relación es *posible*, no sólo desde el punto de vista de una teoría abstracta de la posesión, sino también desde el del derecho romano, en cuanto no introduce

en él una idea extraña. En el respecto en que nos colocamos no se impone como necesario el comentarlo, teniendo el examen que acabamos de hacer de las tres relaciones de tenencia precisamente por fin, explicar esta posibilidad. Pero una posibilidad no es una realidad. Lo que es exacto respecto de las tres relaciones, puede no serlo para la cuarta. Trátase de saber cómo podremos reconocer si el derecho romano ha tomado realmente por base, lo que hasta este instante hemos considerado como meramente posible.

Para esto la prueba es de las más sencillas. Si el fundamento de la tenencia contractual es nuestra *n*, es decir, la posesión del dueño ó señor de la posesión, es preciso que, cuando se ha admitido falsamente la existencia de *n*, haya posesión en lugar de tenencia, y que en caso de que ésta desaparezca, la tenencia se cambie en posesión; en ambos casos sin conocimiento ni voluntad del tenedor. Según la teoría subjetiva, es preciso, en ambos casos, atenerse á la tenencia, siendo evento imposible una conversión de ésta en posesión sin conocimiento y voluntad del tenedor.

Nuestras fuentes reconocían expresamente para dos de las relaciones de tenencia, la consecuencia de nuestra fórmula:

Primera: inexistencia de la falsa admisión de *n*.—Habiendo el padre de familia muerto en el extranjero, el hijo, que no ha tenido conocimiento de ello, compra una cosa. ¿Qué toca decidir en cuanto á la posesión? Según la teoría subjetiva, es necesario negarle la posesión, porque no tiene el *animus rem sibi habendi*. Según la L. 44, § 4, *de usuc.* (41 3), adquiere la posesión: *quamvis eum se per errorem esse arbitraretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam* NEC POSSIDERE POSSIT. ¿Por qué? La suposición de *n:* la patria potestad no existe; luego las condiciones legales de la posesión recobran todos sus derechos; en lugar de la *y*, admitida y *querida*, nace *x*. La L. 21 de A. R. D. (41, 1) reconocía la misma consecuencia para el hombre libre que falsamente se cree esclavo: *si liber bona fide tibi serviens emerit*, IPSIUS FIERI. La *n* que equivocadamente se supone existente: el poder dominical, no existe; en su virtud, al igual que el hijo de familia, adquiere la posesión, en lugar de la te-

nencia, admitida y *querida* por él: la divergencia de su *animus* no ejerce influjo alguno.

Segunda consecuencia: conversión de la tenencia en posesión, por la desaparición del obstáculo de la posesión.—Más arriba hemos visto que el fundamento por el cual, el ocupante del fundo de un ausente, no adquiere más que la tenencia, obra en la idea de la conservación de la posesión jurídica del poseedor actual. La ley ha querido dar á éste la facultad de defender de hecho su posesión. Si hace uso de ella, la usucapión no se ha interrumpido. Pero ¿qué ocurrirá si no hace uso de esta facultad? Por esto mismo habrá abandonado *animo* su posesión (1), resultando así que la tenencia del ocupante se convierte desde entonces en posesión. Tal resulta, desde el punto de vista del derecho de Justiniano, por cuanto éste, en la L. 11, C. *unde vi*, concede al poseedor anterior el *interdictum unde vi*, mientras que los juristas se lo niegan en razón de que no ha habido *vis* contra la persona. Como este interdicto presupone una *dejectio*, equivale eso á decir que el ocupante, que hasta entonces no era más que un tenedor, se ha convertido en poseedor. Ahora bien: esta modificación se ha operado sin que nada se haya cambiado en su persona: resulta tan sólo de que el poseedor anterior ha renunciado á su posesión, esto es, de que n ha llegado á desaparecer en su persona. En mi opinión, es indiscutible que los juristas romanos han considerado la cosa de esta manera.

A ese caso, perteneciente al derecho nuevo, añadiré otro, tomado del más antiguo derecho de Roma. Nuestra regla de que por la desaparición de n, y se convierte en x, nos permite comprender una regla del derecho romano más antiguo, que hasta el día no había sido explicada.

Me refiero á la regla que rechazaba la *usucapio pro herede lucrativa* en caso de existencia de *sui heredes* (2). Ante *heredes*

---

(1) L. 25, § 2 *h. t.*: ... *animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit in possessionem*. L. 3, § 8; L. 7 *h. t.*

(2) Gayo II, 58, III, 201, habla del *necessarius heres* (la adición de *suo* al primer texto, admitida por Huschke, no está autorizada por el manuscrito; véase la edición de Studemund), lo que haría comprender también al esclavo instituído en el testamento: pero la L. 2, Cód. *pro hered.* (7, 29), dice expresamente: SUIS *existentibus heredibus*. ¿Es que Gayo se expresó mal, ó que el texto

extranei, esta misma usucapión, ó mejor, la ocupación de cosas hereditarias con efecto de *usucapio pro heredes*, *era posible*, aunque ya hubieran hecho la adición de la herencia, siempre que no se hubieran posesionado de ella (1). Lo que constituía si no el motivo, á lo menos, la presuposición de este singular derecho, no era, pues, la circunstancia de que las cosas hereditarias no estuviesen en propiedad, sino que no *estuviesen sin poseedor* (2).

De donde resulta que, en caso de existencia de *sui heredes*, no pueden haberse considerado las cosas hereditarias como si estuviesen sin poseedor, sino más bien se debe de haber concedido á los hijos de familia, la posesión, así como la propiedad, á la muerte del padre. Pero ¿cómo se armoniza eso con la regla según la que, para adquirir la posesión, es preciso la aprehensión, regla en la cual no se hace excepción alguna en favor de los herederos? Todo ello, simplemente, porque de hecho, los *sui heredes* se encontraban ya coposeedores de las cosas—*in possessione esse*—(3). La desaparición de *n* (patria potestad), que hasta entonces se encontraba frente á su posesión, había tenido como consecuencia necesaria convertir su tenencia en posesión. Tocante al acto exterior de aprehensión ó de mera declaración de voluntad, sólo era preciso en los dos casos que acabamos de referir (4). Nuestras explicaciones acerca de la necesidad de la aprehensión, para las cosas que se encontraban ya en nuestro poder, no están en contradicción con lo que antecede. Refié-

---

del Código, que es un rescripto, no ha atendido más que á la especie de que trata? No insistiré aqui sobre este punto que no me interesa; pero, de todos modos, conviene no pase inadvertido, pues no sería imposible que lo que era verdad de los hijos de familia, se aplicase también á los esclavos, porque también éstos se encontraban, de hecho, *in possessione* de las cosas del jefe de familia, pudiendo la libertad y la propiedad que sobrevenían, producir para ellos también la conversión antes mencionada de la tenencia en posesión.

(1) Gayo II, 52; Pablo, S. R. II, 31, § 11; L. 1, § 15, *Si is qui test.* (47, 4); L. 21, § 1, *Exp. her.* (47, 19).

(2) L. 1, § 15, *Si is qui test.* (47, 4) *Scævola ait:* POSSESSIONIS *furtum fieri, denique, si nullus sit possessor, furtum negat fieri.*

(3) V. luego (VIII).

(4) Según la opinión dominante, era preciso una aprehensión; véase, por ejemplo, Puchta, *Cursus der Institutionen*, II, § 239, nota *ff*: «En el *necessarius* no hay nunca al propio tiempo adquisición de la posesión y del derecho de herencia, porque este último se verifica *ipso jure*.»

rense, en efecto, al caso de la conversión de la simple relación de lugar en una relación de posesión, mientras que aquí se trata de la conversión de la *tenencia* en posesión. Ahora bien: sabido es que ésta puede producirse sin acto exterior, por la mera modificación de la *causa juris*—*traditio brevi manu*—y realmente hubiera sido absurdo exigir del *suus* un acto particular para consignar lo que ya de por sí estaba consignado, á saber, que en adelante quería poseer en lugar de *tener* (1).

La opinión antes desenvuelta explica satisfactoriamente una regla del derecho antiguo, que era costumbre considerar como una singularidad, poniéndola además en armonía con la de que la simple posesión excluye la *usucapio pro herede*. Podría objetarse, sin embargo, que es imposible atribuir al pueblo antiguo romano, la inteligencia del poder de la acción lógica de nuestra *n*. ¡Sin duda! Pero no hace falta llegar tan allá. Nosotros nos colocamos por entero al nivel de la apreciación primitiva del pueblo romano. Todo romano sabía que los hijos no eran juridicamente capaces de ser propietarios; pero eso no impedía que en las relaciones de hecho de la vida, se les considerase como propietarios, aun vivos sus padres (2), no teniendo los juristas inconveniente en aceptar tal manera de ver. La relación de posesión de los hijos en la casa paterna no era un secreto, ni aun para la gente del pueblo; sabían que no era una posesión en el sentido jurídico—*civilis possessio,*—sino simplemente en el sentido natural—*naturalis possessio*—(VIII). Ahora bien: en ese sentido se podía conceder á los hijos la coposesión sobre la casa del padre al igual que la propiedad. Si estaba éste ausente y había dejado á sus hijos en la casa, éstos eran los que ejercían la posesión en su lugar. Si moría, ¿se habría en verdad de exigir respecto de ellos un acto especial para apropiarse la posesión? Esta idea sólo podría ocurrirse á un jurisconsulto que partiese de la noción falsa, según la que la con-

---

(1) Del propio modo ocurría que la posesión á título de prenda por parte del acreedor instituido heredero, se convertía en posesión á título de propiedad, según la L. 88, *de acq. rer.* (29, 2): *licet nihil attingat hereditarium*. Véase, acerca de esto, mis *Vermischten Schriften*, págs. 5 y sigs.

(2) Véase la comprobación en mi *Esp. del D. R.*, vol. 2.°, 4.ª ed., pág. 214, nota 234. Cito allí las decisiones de los juristas, que aquí resumo.

versión de la tenencia en posesión, debe ser anunciada por un acto exterior. Una concepción tan artificial era seguramente contraria á la intuición primitiva del pueblo; bastábale que de hecho la relación posesoria existiese ya en la persona de los hijos. No debía costarle trabajo alguno concebir la idea de que en adelante la *naturalis possessio* se convirtiese en *civilis possessio*. Lejos, pues, de tener que recurrir á nuestra n para atribuirla á la concepción popular de los antiguos romanos, y explicar de ese modo la forma que ha dado á las cosas esta concepción, sirve para procurarnos un argumento en pro de la necesidad práctica del estado de las cosas, tal cual nosotros lo sostenemos. Con su certero tacto, el antiguo pueblo romano, ha encontrado lo que implica la fórmula señalada por nosotros, para la posesión y la tenencia: la desaparición de n, en la fórmula establecida para la tenencia, $y = a + c - n$, produce el concurso de las condiciones positivas de la posesión, $x = a + c$: ó en otros términos, á la muerte del padre, la tenencia del hijo de familia se convertía, *ipso jure*, en posesión.

Debo ahora fijarme en otra objeción. La opinión antes admitida, de que á la muerte del padre la tenencia de los hijos de familia se convertía en posesión, supone que realmente han tenido, lo que no se verifica en los hijos, que en tal momento estuvieren ausentes, ó que no pudieran tener, por incapaces de voluntad: respecto de ellos, pues, la *usucapio pro heredes* hubiera debido realizarse. La objeción se sirve de un punto de vista que en más de una ocasión ha confundido la exacta inteligencia de las instituciones jurídicas, pero cuya falsedad no es difícil de demostrar. Lo mismo que los particulares en sus actos de voluntad, el legislador puede erigir en condiciones las reglas de derecho, las hipótesis que lo determinan á establecer esas reglas. La condición ofrece el medio de dar á los motivos un influjo determinante sobre el acto jurídico. En ese caso, la disposicion legislativa, al igual que la disposición individual, no entra en vigor sino cuando la hipótesis, sobre la cual ella se funda, existe. Pero el legislador no está *obligado* á servirse de esta forma: puede siempre no conceder á las razones que lo han determinado á establecer la regla más que el influjo de *motivos* legislativos. En ese caso, la aplicación de la regla es en

un caso particular independiente de la existencia de los motivos. El legislador ha dicho: *en general*, existirán; y en pro de la aplicación fácil de la regla, tomo por base este estado normal de las cosas, aceptando las excepciones presentables (1). Así ocurre, por ejemplo, que el derecho romano no ha desconocido que individuos aislados, puedan alcanzar á una edad menos avanzada, el grado de madurez necesario, á que implícitamente atendía al fijar el comienzo de la mayor edad, teniendo la previsión de salvar, mediante la *venia ætatis*, los inconvenientes que podrían surgir en tales casos á causa de la disposición general; pero esta consideración no ha sido obstáculo, y con razón, para dar á la regla una forma general.

Lo mismo pasa exactamente en el caso indicado. En la exclusión de la *usucapio pro herede*, en caso de *sui heredes*, el derecho antiguo ha partido de la idea siguiente: de ordinario esos herederos se encuentran en coposesión de la herencia paterna, y esta posesión de las cosas para la *usucapio pro herede* prescribirá en cuanto no se haya realizado la hipótesis de la falta de posesión á que se refiere. Ahora bien: lo que es verdad para el caso más frecuente, debe valer también para el excepcional en que el hijo esté ausente ó sea aun *infans*.

Creo, con lo expuesto, haber demostrado, respecto de varios casos de aplicación, la realidad de las dos consecuencias que encierra nuestra noción del obstáculo de la posesión; en caso de admisión equivocada del obstáculo: posesión; en caso de desaparición: conversión de la tenencia en posesión. Si nuestras fuentes reconocen esas dos consecuencias, ó sólo una de ellas, para la tenencia *contractual*, de que hasta aquí no se ha tratado, la exactitud de nuestra fórmula $y = a + c - n$ será demostrada, á lo menos en parte. Sin querer, por lo demás, precipitar nuestra exposición ulterior (XV), mencionaré por de pronto una decisión de las fuentes que pone esas dos consecuencias al abrigo de toda duda.

Uno toma en arriendo un fundo de que en realidad es propietario, imaginándose que aquel que se lo da en arriendo es el verdadero dueño.

---

(1) L. 10, *de legibus* (1-3) ... *sufficit ea quæ plerumque accidunt contineri*.

Según la teoría subjetiva, debería tener la tenencia, porque su intención es poseer el fundo para su dueño. Ahora bien: la L. 21 *de usuc.* (41, 3) le atribuye la posesión. ¿Por qué? El contrato de arrendamiento es nulo: *quia dominus suam rem conduxisset*, resultando que la relación posesoria tenía una configuración distinta de la que hubiera tomado, de ser el contrato válido. El arrendador, que tenía antes la posesión, la pierde: *sequitur ergo, ut ne possessionem quidem possessor retinuerit*, aun cuando su *animus*, al igual que el del colono, tendiese al mantenimiento de la posesión; la voluntad meramente subjetiva es impotente: lo que decide es la *causa juris* objetiva. La consideración que, según nuestra explicación, forma la base de nuesnuestra *n*: el mantenimiento de la situación del poseedor jurídico, que reduce al poseedor de hecho á una mera tenencia, desaparece aquí, porque no puede justificarse ante la propiedad del arrendatario; y resulta que *n* desaparece y que las condiciones positivas *a* + *c* adquieren plena eficacia.

Hasta aquí se ha tratado de la consecuencia que implica para la relación de tenencia contractual, el aspecto *negativo* de nuestra *n*; esto es, de la conversión en posesión, en caso de admisión equivocada ó de desaparición subsiguiente de *n*. Paso ahora á ocuparme de los otros dos rasgos.

El *jurídico positivo*.—Es también, en este caso, muy sencilla la prueba. Va el lector á proceder por sí mismo. Le presento dos personas, diciéndole que la una es poseedor y la otra tenedor, y él dirá *cuál* de las dos es poseedor y cuál tenedor, suponiendo que aplica con imparcialidad la fórmula de la teoría subjetiva: la voluntad de poseer para sí engendra la posesión, la de poseer para otro engendra la tenencia; es decir, que prescinde de cuanto sabe de las disposiciones positivas del derecho romano sobre su respectiva relación posesoria.

Una de estas personas es el representante que ha recibido la orden para adquirir la posesión de otro, ó el tutor que quiere adquirirla para su pupilo; la otra es el arrendatario. La época en que nos suponemos colocados es al principio del Imperio. ¿Cuál de esas dos personas es el posedor y cuál el tenedor? ¡Cómo dudar! se me dirá: el representante y el tutor son tenedores, el arrendatario es poseedor, porque aquéllos tenian la

intención de adquirir la cosa para otro, y éste de tenerla para sí. Pongamos la cuestión á los juristas de principios del Imperio: ¿qué responderán? Los dos primeros son poseedores (1), el tercero es tenedor—¡lo contrario, pues, de lo que implicaría la aplicación de la teoría subjetiva!—Luego nuestra *n* no es de naturaleza lógica, sino jurídico-positiva; la cuestión de saber si en una relación contractual ó cuasicontractual—tutela—se debe admitir la posesión ó la tenencia, no puede resolverse *a priori* por medio de una especulación relativa á la esencia de la voluntad de poseer: es *puramente histórica*.

Despréndese la misma conclusión del hecho de que, según las circunstancias, una sola y misma relación contractual implica, ya la posesión, ya la tenencia. Así, el arrendamiento implica para el colono á plazo la tenencia, y para el hereditario, la posesión; el depósito implica para el depositario ordinario, la tenencia y para el secuestro la posesión (2); el mandato, también, luego que se ha admitido la adquisición directa por un representante, implica la tenencia para el representante directo y la posesión para el indirecto—para el sustituto como yo le llamo.—La misma teoría subjetiva no puede sustraerse al reconocimiento del carácter positivo de este elemento: admite que en los dos primeros casos—nada dice del tercero—como en los demás de posesión derivada, la posesión no se concilia con la lógica de la voluntad de poseer. En todos esos casos, lo reconoce, el que tiene en su poder la cosa tiene el mismo *animus*, y sin embargo, se le atribuye aquí la posesión y allí la tenencia.

Resulta, pues, manifiesta la impotencia de la lógica, para explicar la fisonomía que el derecho ha dado en esos casos á la relación posesoria; debe reconocer, y así lo hace, que se estrella en esto contra la historia, pareciéndose á un deudor que no está en situación de pagar todas sus deudas: se compromete á pagar una parte y declara su impotencia por el resto. En la vida á eso se llama declararse en quiebra; ¿pasa de otro modo en la ciencia? La teoría subjetiva hace por adelantado una se-

(1) Lo demostraré más adelante.

(2) Absolutamente, como espero demostrar más adelante (XV), es sólo bajo condición según la teoría reinante:—no importa esto por el momento.

paración de los casos que no puede explicar, y crea para ello la categoría de la posesión derivada. Lo mismo que si el deudor pusiera á un lado, sin más, la cuenta que no puede pagar. El hecho de que no puede pagar quedaría siempre en pie: «Posesión derivada», tal es el título del fajo de los créditos protestados que la teoría subjetiva reconoce que no puede pagar. Pero, ¿es que puede realmente pagar los otros, como cree? A su tiempo veremos (XIV) que tampoco puede, y que la moneda con que quiere hacer sus pagos no es de buena ley.

Nuestra *n* pone en el lugar de *la* lógica, impotente para satisfacer su obligación, la disposición jurídica positiva. La prueba de que á ella debemos referir la noción de la tenencia, y la aplicación dada por el derecho romano en las diferentes relaciones, se desprende del mero hecho de que no se hace eso con respecto á la lógica, y en cuanto á las reglas de derecho que la deducción jurídica es impotente para sacar de los principios generales, muestran por esto mismo que son de derecho positivo. Baste tal prueba, pero queremos ir más allá, y darnos cuenta de los fundamentos en virtud de los cuales, los romanos han llegado á no referir á ciertas relaciones más que la tenencia. De este modo llegaremos también al tercer carácter de *n*.

El *carácter práctico*.—Queda ya formulado para las tres relaciones de tenencia examinadas antes, y ulteriormente me prometo formularlo para la tenencia contractual (XV. Teleología de las relaciones posesorias derivadas). No me limitaré á examinar esta última: hablaré también por vía de comparación de los casos en los cuales el derecho romano admite la posesión en lugar de la tenencia. Posesión y tenencia, nos prestarán aquí el señalado servicio de poner recíprocamente en plena luz su razón de ser. La respuesta que da la tenencia á la cuestión de cuáles son las consideraciones práctiticas que le han hecho nacer, nos permitirá ver muy de cerca, por qué no podía comprenderse en los casos de posesión derivada, y recíprocamente, las condiciones que ha rechazado la posesión en esos casos, nos harán ver por qué ha sido excluída en los casos de tenencia.

Por este camino, llegaremos á reconocer que es una idea misma la que da origen aquí á la tenencia, y allí á la posesión,

la idea, en suma, que en mi concepto ha creado todas las cosas humanas: *el fin práctico—der praktische Zweck.*—Queremos ponerlo en lugar de la idea que por tanto tiempo ha abusado de la existencia, reemplazando así el método formalista, único hasta ahora ensayado, y que ha acabado por reconocer que no puede resolver el enigma, que desde ese punto de vista contiene, la distinción de la tenencia y la posesión derivada, por el método realista, que no sólo resuelve tal enigma, sino que es el único capaz de dar una explicación adecuada del derecho, como con ocasión de esa misma diversidad de configuración de la posesion derivada se pone de manifiesto.

Y tal es el fin de esta obra.

A todos aquellos que no han perdido la necesaria fuerza de penetración para introducirse serenos por la nebulosa de la teoría reinante; á todos aquellos que no prefieran la confusión á la claridad, porque la confusión les permite andar libremente, sin preocuparse de si van equivocados; á todos esos, en suma, procurará este libro luz suficiente para que puedan ver la verdadera fisonomía de esta parte de la teoría romana de la posesión; en cuanto á los otros, les proporcionará una ocasión excelente para ejercitar su sagacidad, probando que una nube azulada es la realidad y que la realidad es una nube azulada.

El *cuarto* y el último carácter de *n*: el *objetivo* aplicado á la tenencia contractual, pide una doble prueba. *Negativa:* que la tenencia no tiene su fundamento en un elemento *subjetivo* en la persona del tenedor, es decir, en la dirección particular de su voluntad, como pretende la teoría subjetiva—prueba es esta que suministrará la crítica del *animus domini* (XII). *Positiva:* que aquí, como en el segundo y tercero de nuestros casos de tenencia, el interés del señor ó dueño de la posesión, es el que constituye la causa de la tenencia, en la persona del tenedor; ó bien, sirviéndonos de nuestros términos: que éste *tiene—detinirt*—mientras aquél *posee—besitze:*—prueba es esta que suministrará la teleología de la posesión (XV).

Quedan, pues, expuestas las consecuencias que para la tenencia contractual entraña la fórmula $y = a + c - n$, establecida con relación á la tenencia, y cuya exactitud he demostrado en los tres casos de tenencia examinados, señalando ade-

más los puntos hacia los cuales debe dirigir su atención la teoría objetiva.

Paso ahora á aplicar el mismo método á la teoría subjetiva, señalando los puntos que nuestra crítica de esta teoría tendrá que examinar. A este efecto dejaré á la misma teoría subjetiva construirse por sí, á la vista del lector, y colocaré en un orden rigurosamente lógico todas las proposiciones que deba formular y sentar. Lo haré, cual si yo mismo estuviese perfectamente convencido de su exactitud, y como si no tuviera otro deseo que motivarla de la manera más sólida.

VI

Construcción dialéctica de la teoría subjetiva. Plan de la discusión.

¿Qué es lo que con este trabajo me propongo? No sólo reproducir la teoría subjetiva; de ella he dado ya desde un principio lo más sustancial (II), y si aun faltan algunos puntos, ocasiones más favorables se presentarán de tratarlos. Mi intención es, más bien, mostrar al lector la construcción lógica ó dialéctica de la teoría subjetiva. No es, en verdad, raro, en las deducciones científicas, que las condiciones intermedias, de menor importancia al parecer, se pasen en silencio; que es lo que en el presente caso ha ocurrido. Los defensores de la teoría subjetiva, no se han dado cuenta de todas las proposiciones aisladas, de que tenían necesidad para su objeto. Vamos por nuestra parte á colmar estos vacíos. A este fin, me he representado de la manera más exacta posible, el camino que debería seguir si yo tuviera que fundamentar la teoría subjetiva, imponiéndome, en su virtud, una deducción rigurosamente lógica, cuyos términos todos se relacionan entre sí, sin dejar lagunas, sin prescindir de los eslabones intermedios, sin dar salto alguno. Todo el engranaje lógico de la teoría subjetiva va á ser puesto así en claro ante el lector. No me he limitado, pues, á exponer lo que los defensores de esta teoría *han* pensado, sino que he atendido á lo que *hubieran debido* pensar, si hubieran querido motivar su teoría de una manera rigurosamente lógica. El trabajo que yo he consagrado á este objeto dará sus frutos en la refutación de esta teoría (XV); allí se

someterán á una crítica las diferentes proposiciones particulares.

De lo dicho resulta que no es mi intención hacer la historia del desenvolvimiento de los principios de la teoría; tendré, sí, en cuenta todo lo que sea preciso (XII) el interés que pueda ofrecer para nuestro asunto la historia literaria de la materia: más por el momento no examino cómo la teoría se ha formado en la historia de la doctrina; me atengo simplemente á la forma acabada, definida, que ha logrado en la ciencia actual.

La dejamos, según queda dicho, construirse por sí misma, ante nuestra propia vista, y al efecto vamos á enumerar uno tras otro los diferentes materiales con que se construye.

1) Comprobación del *animus rem sibi habendi* en las fuentes.

En la L. 1, § 20 *h. t.* (1) niega Pablo la posesión al representante, á causa de: *cum non habeat animum possidentis.* La teoría subjetiva tiene en ese texto todo lo que puede desear; la regla de que para la posesión es preciso un *animus* distinto del de la tenencia: la cuestión está en distinguirlos.

2) Para ello tenemos un punto de apoyo seguro en la relación misma, en la cual Pablo señala la falta del *animus possidentis*: la del representante. El representante tiene la intención de adquirir para el principal la posesión; para él de nada le vale; limítase, como dice Pablo, á prestar sus servicios—*ea mente, ut operam duntaxat suam accommodaret*;—y ahora como el *animus possidentis* consiste en la intención de poseer *para sí*, el que no la tiene, no puede tener la posesión, sino sólo la tenencia. El *animus possidentis* se puede, según esto, calificar como *animus rem* SIBI *habendi*.

3) Tal es la clave para entender la tenencia. Si ésta existe en el representante, porque no tiene el *animus possidentis*, es-

---

(1) Savigny—cosa inexplicable—en el pasaje en que habla por primera vez del *animus domini* (§ 9), no hace uso alguno de ese texto, único que menciona la necesidad de un *animus* especial para la posesión. Invoca, es verdad, la L. 18 *pr.*, que dice: *nec idem est possidere et alieno nomine possidere;* pero que no dice en modo alguno que el fundamento de la distinción sea una diferencia en el *animus*. Ahora bién: ese texto se armoniza perfectamente con la teoria objetiva, mientras jamás se hubiera podido sacar de él la subjetiva.

tamos autorizados para admitirla por la misma razón en todos los demás casos en que el derecho romano admite la posesión; el tenedor, según el derecho romano, no tiene el *animus possidentis*. El colono, el arrendatario, el comodatario, se dirá, reciben la cosa, no en interés de aquel que se la entrega: *ut operam duntaxat suam accommodarent*, sino en interés propio; pero tal objeción no debe detenernos, porque si quieren tener la *cosa* para sí, eso no impide que tengan la *posesión* para quien se la haya dado, siendo necesario tan sólo hacer una distinción rigurosa entre la *cosa*, ó mejor, la aplicación real de la misma á los intereses de esas personas, y la *posesión*, que no es necesaria para tales intereses. La *posesión* no la tienen para sí, sino para aquel de quien recibieran la cosa; su relación en este supuesto no implica otra cosa, en derecho, que el *ejercicio* de la posesión ajena. La relación de tenencia de propio interés tiene, respecto de la posesión, el mismo carácter que la tenencia por procuración: es *posesión representativa*.

4) El carácter común de todas las relaciones de tenencia consiste en que el tenedor no quiere ocupar la cosa sino de un modo *pasajero*. Aquí descubrimos un elemento importante para fijar la distinción que debe hacerse en la voluntad de poseer: la dirección de ésta hacia una posesión *permanente*, ó hacia una *temporal ó pasajera*. El poseedor regular—prescindiendo de los casos de posesión derivada—quiere tener la cosa de *una manera permanente, para siempre*. Pudiera decirse que la voluntad del *poseedor* es tener la cosa de una manera *duradera*, y la del *tenedor* de una manera *pasajera*.

5) Con esta distinción relacionaré otra de una manera muy estrecha. El tenedor tiene su relación posesoria de otro respecto de quien se obliga á devolverle más tarde la cosa, y al cual, por esto, reconoce como su *derechohabiente*. La tenencia se caracteriza, pues, como una *relación de dependencia jurídica—rechtliches Abhängigkeitsverhältiness*,—reconocida por el mismo tenedor.

Sin duda que el poseedor puede ser también constreñido por medio de los interdictos posesorios á entregar la cosa al propietario ó al poseedor anterior, pero su *intención*—y para calificar la voluntad de poseedor hay que atenerse á ella sólo,—

á retener la cosa para él; no les reconoce como derechohabientes de hecho. La posesión implica una pretensión *de autonomía—Selbständigkeit,*—de *independencia,* por lo que la tenencia contiene respecto de la relación posesoria un reconocimiento de *sumisión, de dependencia, de inferioridad.*

6) El prototipo de esta autonomía querida del haber personal y permanente, ó de la independencia de la relación posesoria, respecto de cualquier otra persona, es la *propiedad—Eigenthum;*—la que al proporcionarnos, con relación al lado objetivo de la posesión, el más fecundo de los puntos de vista para definir exactamente la *noción de la posesión,* nos sirve también, con relación al lado *subjetivo,* para definir exactamente la *voluntad de poseer.* Esta tiende á la afirmación *de hecho* de la posición del propietario. El poseedor es aquel que, aun sin ser propietario, se conduce, no obstante, como tal; aquel que, aun sin poseer ó sin creerse poseedor *como propietario,* entiende, sin embargo, tener la cosa *como un* propietario, *al modo* de un propietario. La expresión que revela perfectamente esta voluntad es la de *animus domini*; se deriva de la empleada por Teófilo (II, 9, 4; III, 29, 2) á este efecto; ψυχὴ δεσπόζοντος. Con esta fórmula se resuelve el problema de la voluntad de poseer: puede resumírsele como la *pretensión á la situación del propietario—Prätention der Eigenthumstellung,*—ó algo más ampliamente, como la intención de tener la cosa *permanentemente,* con *autonomía,* é *independientemente* respecto de tercera persona, *á la manera,* en suma, del propietario.

7) Llevada esta voluntad hasta sus consecuencias últimas. se hubiera debido admitir también la tenencia en ciertos casos de posesión derivada, donde hay también una relación *pasajera* en la cual el que tiene la cosa reconoce á otro por encima de él, como derechohabiente, de quien ha recibido su poder, y á quien está obligado á *devolver* la cosa una vez terminada su relación con ella. Cuando el derecho romano admite aquí la posesión, es por una anomalía fundada en razones históricas ó prácticas. Se puede, sin embargo, aun respecto de esta situación, hacer valer una consideración que la hace accesible al pensamiento jurídico. «Considerada, dice Savigny (§ 9), como un derecho, la posesión puede ser enajenada; en su vir-

tud, el poseedor verdadero y originario, puede transferir el derecho de la posesión, á aquel que ejerce la propiedad en su nombre.»

Esta excepción de la regla, fundada en una disposición positiva, no puede admitirse más que en los casos en que las fuentes la reconozcan expresamente.

Por mi parte, añado á estas proposiciones, acerca de las cuales están conformes la mayoría de los defensores de la teoría subjetiva, esta otra, que sólo reconocen algunos, pero que es, en realidad, la clave del edificio, en cuanto se limita á deducir la consecuencia última, de la importancia dada á la voluntad para la formación de la relación posesoria. Ya antes me he referido á ella (II).

8) En tanto que el derecho no le pone obstáculo alguno, quien tiene la cosa en su poder puede dar á la relación posesoria existente otro aspecto, cambiando su voluntad de poseer: el vendedor, por ejemplo, que declara que en adelante quiere poseer la cosa vendida á nombre del comprador, se convierte en tenedor, y hace de este último un poseedor.

Con lo expuesto queda cumplida la tarea que nos habíamos propuesto. Hemos seguido la teoría subjetiva de la posesión en su construcción; hemos visto levantar su edificio, y para juzgar de su exactitud, debemos ahora examinar los diferentes materiales de que se ha servido. Creo, sin embargo, que aun debo hacer más: posible es que algunos de esos materiales no resistan al examen, y hasta que la teoría toda aparezca como extraña al derecho romano, sin que por eso dejen de tener el valor de tantas otras teorías de nuestra ciencia actual, esto es, el de una creación independiente de la jurisprudencia moderna. No basta decir que esas innovaciones, cuando por otra parte tienen derecho á la vida, no son conformes al derecho romano: la jurisprudencia moderna puede y debe reivindicar el derecho de construir, derecho ejercido por los romanos de una manera tan amplia. No sería esta, después de todo, la primera vez que por su obra se completaba una teoría romana incompleta. En su virtud, no limitaré mi examen crítico de la teoría subjetiva á saber si está ó no está fundada en las fuentes—y ya veremos que no lo está (XV);—la someteré á la prueba en todos los sen-

tidos y aspectos. La examinaré atendiendo al punto de vista *lógico*, al *práctico* y al *histórico*.

El *lógico*.—Este examen tendrá como objeto la exactitud de la construcción dialéctica que acabamos de exponer: recaerá sobre la cuestión de si el fundamento en que la teoría subjetiva ha apoyado su edificio, es seguro y sólido; si los diferentes materiales están al abrigo de toda crítica y están reunidos adecuadamente: en suma, se hará la *crítica interna* de la teoría subjetiva desde su propio punto de vista. Dejaremos á un lado la cuestión de saber si para el derecho romano es *dogmáticamente verdadera*, pues pienso juzgarla tan sólo desde el punto de vista de la *corrección lógica formal*. Posible es que resista la prueba en tal respecto, sin que por ello tenga valor alguno dogmático, como lo es también que no la resista aun cuando en definitiva esté en lo justo.

El *práctico*.—Examinaremos la teoría subjetiva desde el punto de vista de su *aplicabilidad práctica*, quedando aquí también á un lado lo referente á su corrección lógica y á su verdad dogmática. La someteremos al Juez, á fin de que la aplique, y para saber si se presta á ello: la someteremos también al legislador, á fin de saber si su adopción se justificará desde el punto de vista legislativo. En efecto, un legislador moderno, que hiciera una ley sobre la posesión, ¿debería adoptar la teoría dominante?

El *histórico*.—Todo lo que en derecho tiene valor, debió de *alcanzarlo* alguna vez. Examinaremos la teoría subjetiva desde ese punto de vista, estudiando las condiciones bajo las cuales ha podido nacer entre los romanos. A este efecto nos representaremos la historia del desenvolvimiento de la noción de la tenencia, tal cual ha *debido* desarrollarse, desde el punto de vista de la teoría subjetiva, aun cuando ella misma no se haya dado cuenta.

En la indicación de los tres señalados puntos de vista no seguiré el orden con que quedan señalados. Para la exposición siguiente me conviene seguir otro orden, que al efecto de orientar al lector en las investigaciones que vamos á hacer, indicaré.

Comenzaré con la *prueba histórica* de la teoría subjetiva

(VII). Su conclusión es la de que es imposible que la distinción entre posesión y tenencia haya podido ser tomada, como debiera haberlo sido en virtud de la teoría subjetiva, de la idea dominante entre los romanos de la dualidad de la voluntad de poseer. Esta conclusión negativa me procurará la ocasión de examinar por mí mismo, y de resolver, la cuestión del origen de la distinción entre posesión y tenencia (VIII).

Pasaré luego á la *prueba práctica*, la cual fundaré en la aplicación de estas dos medidas: la *procesal*, relativa á la *cuestión de la prueba* (IX), y la *político-legislativa*, que se refiere á su *utilidad* legislativa (X).

Lo último será la *prueba interna* de la teoría subjetiva. La haré preceder de la prueba *didáctica* (XI), y de una rápida historia de la doctrina (XII. Ojeada sobre la historia de la literatura). Tiene por sí misma dos objetos. Primeramente la decisión de Pablo, que la ha producido (XIII), no para sentar que esta decisión no puede aspirar á la verdad dogmática, punto que queda para otro capítulo (XV), sino para mostrar cuál era el propósito de la decisión de Pablo. A continuación se tratará de la *construcción dialéctica* de la teoría subjetiva, y examinaremos la exactitud y el carácter concluyente de las proposiciones contenidas en los números 2-7 (XIV).

Sólo después de esto probaremos que la teoría subjetiva no está de acuerdo con nuestras fuentes. Esta prueba resultará de la justificación positiva de mi propia teoría. Si logro mi propósito, habré demostrado al propio tiempo la falsedad de la teoría subjetiva (XV). Esta parte positiva de mi tarea recaerá sobre los siguientes puntos: Justificación por las fuentes de la teoría objetiva (XV). Teleología de las relaciones posesorias derivadas (XVI). Relaciones posesorias problemáticas (XVII). Conclusiones para la teoría y para la práctica (XVIII).

VII

La prueba histórica de la teoría subjetiva.

Imaginémosnos las condiciones históricas que la teoría subjetiva presupone en lo referente al origen de la distinción entre posesión y tenencia. Si *dogmáticamente,* tiene *su fundamento* en la diferencia de la voluntad de poseer, esto prueba, desde el punto de vista *histórico,* que encuentra ahí su *origen;* ó más concretamente, los romanos han tomado la distinción entre posesión y tenencia de la consideración del dualismo de la voluntad de poseer; han reconocido que esta distinción teórica reclama lógicamente la de la posesión y la tenencia, cediendo así á la fuerza coercitiva de una *noción;* en suma, lo que ha dado origen en Roma prácticamente á la distinción indicada, es la *coacción teórica.*

Los defensores de la teoría subjetiva no se han dado cuenta clara de esta consecuencia de su doctrina. Se han deslizado rápidamente por la historia, así como por el procedimiento (IX) y por el lado político-legislativo (X). Si se hubieran detenido en la historia, hubieran advertido las objeciones que se suscitan contra la teoría antes enunciada. El que la verdad de que aquí se trata sea una de aquellas que, una vez reconocidas, provocan una fuerza tal de convicción, que ningún pensador puede sustraerse á ella, es una cuestión muy diferente de la de si los romanos la habían *reconocido* ya en la época antigua. También las verdades deben esperar que llegue su hora: el espíritu humano las reconoce insensiblemente, y si, como la historia nos ense-

ña, los mandamientos más sencillos de la ley moral que hoy admitimos como verdades morales, innatas, hubo épocas en que eran tan poco conocidos, como las verdades matemáticas ó las leyes del universo, ¡cómo extrañar que haya ocurrido lo mismo con las verdades puramente jurídicas, que sólo pueden invocar en su favor la fuerza coactiva de una noción! Atribuir á los antiguos romanos la percepción de su carácter incontestable, es dotarles en materia jurídica de una madurez de juicio que, por muy natural que pueda parecer á los juristas de nuestros días, no es sino el fruto de una larga educación de pensamiento jurídico. Realmente, si han admitido, unas veces la posesión, y otras la tenencia, no ha sido por motivos *prácticos*, sino en virtud de una noción. Se ha planteado la cuestión siguiente: ¿qué situación posesoria reconoceremos al ladrón, al bandolero? respondiendo: la posesión, porque todos tienen el *animus domini*. Pero entonces ¿concederemos también la posesión al arrendatario, al colono, al comodatario? Según ésto, los antiguos romanos, profundizando especulativamente en la ciencia de la voluntad, se habrían visto llevados á percibir la necesidad teórica incontestable de la posesión y de la tenencia, encontrando así su guía para la construcción práctica de toda la doctrina, salvo los casos de posesión derivada, en los cuales, por un cambio inexplicable, se han separado de su fin, dejándose llevar, por motivos prácticos sin valor, hasta prescindir de la lógica de la noción de la voluntad.

Dejo al lector en libertad de fijar por sí mismo en qué época quiere colocar, en la Roma antigua, ese producto de la jurisprudencia: en el tiempo de las XII Tablas, antes ó después. Á menos que la apreciación del dualismo de la voluntad de poseer, y la inteligencia de las consecuencias á él referentes, en razón del aspecto distinto de la relación posesoria, no haya sido innato en todo tiempo al pueblo romano, preciso es que haya habido una época dada, donde *aun no* había esta inteligencia y donde, por tanto, no había distinción alguna entre posesión y tenencia, ó bien, por el contrario, *todas* las personas que tenían en su poder una cosa eran tratadas, *ya* como tenedores, *ya* como poseedores, esto es, donde la protección posesoria se concedía ó se negaba á todos. En la época de las XII Tablas,

según lo atestigua su disposición sobre la concesión de las *vindiciæ*, la protección posesoria existía ya, esto es, la noción de posesión era ya prácticamente concebida y expresada. Que haya sido antes ó después de las XII Tablas cuando se llegó á distinguir la simple tenencia de la posesión, de todos modos es preciso que la cosa se haya verificado algún día, y según la teoría subjetiva, no ya por consideraciones prácticas, sino tan sólo porque se ha advertido la diversidad de la voluntad del poseedor. El pueblo hasta entonces había logrado ver, en su primitiva sencillez, un poseedor aun en el mismo colono. Pero de repente un jurista, que, en virtud de sus investigaciones especulativas sobre la esencia de la voluntad de poseer, había llegado á reconocer que el colono ó arrendatario no tenía la verdadera voluntad de poseer, supo ponerlo en claro á los ojos del pueblo: y éste se sometió á la acción del concepto y en adelante el arrendatario y el colono fueron mirados como tenedores.

Para el teórico arriesgado, esta tesis no tiene nada de inadmisible. Si, según afirman Huschke y Lassalle (1), los romanos han logrado por vía especulativa la regla: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, ¿por qué no ha de ser lo mismo en cuanto á la distinción entre posesión y tenencia? Los romanos antiguos han sido precisamente un pueblo tan eminentemente dotado desde el punto de vista especulativo, que Hegel hubiera podido recibir de ellos lecciones—¡esos romanos prosáicos cuya existencia, valor y pensamiento se consumían en las cosas prácticas!

¡Ahí es nada! ¡Apio Claudio ó Carruncanio pensando como Huschke y Lassalle! Admitámoslo. Veamos ahora si han tenido buen éxito en el pueblo romano esas deducciones especulativas. Dicen: el mandatario no puede obtener la posesión porque no tiene el *animus possidentis*—la deducción de Pablo, ¡cosa extraña!—¡El pueblo romano no escucha la voz de la verdad! ¡el mandatario obtiene la posesión! Sólo cambian las cosas en la época imperial después de la concesión de la representación directa para la adquisición de la posesión. El derecho antiguo

---

(1) Me he decidido acerca de esto en *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, págs. 19 y sigs.

no conocía la representación, y no establecía excepción alguna en este respecto, para la adquisición de la posesión; era preciso obtener los efectos y atender á ellos de un modo *mediato*. El mandatario adquiría la posesión y la propiedad en su propia persona, siendo preciso un acto especial de tradición para transferir ambas al mandante; esto es, *posesión* con intención de adquirir *para otro*. He ahí en realidad un golpe de muerte contra la idea del influjo determinante de la voluntad de poseer sobre la relación posesoria. La idea de que la intención de poseer para otro sea la base de una *forma especial de relación posesoria*—idea fundamental de toda la teoría subjetiva y cuya falsedad reconoceremos á su tiempo,—no se ha manifestado nunca en el respecto histórico; el derecho antiguo no vacila en reconocer la posesión también en ese caso.

Podría dar aquí por terminada la prueba histórica á que he querido someter la teoría subjetiva. El supuesto de que los antiguos juristas romanos habrían llegado por obra de la especulación acerca de la esencia de la voluntad de poseer, á sentar la distinción entre la posesión y tenencia, y á aplicarla á las diferentes relaciones, es tan claramente inaceptable, que no hace falta insistir; aparte de que la hemos refutado directamente con la argumentación relativa al mandato. Los romanos han debido llegar por otro camino al reconocimiento y á la aplicación de esta distinción entre posesión y tenencia; ahora bien: sólo un motivo práctico ha podido guiarles. Pero aun dado esto, el establecimiento de la distinción resulta siempre, una producción tan potente de la facultad de abstracción jurídica, que en mi conocimiento de la antigua jurisprudencia romana, no podría comprenderlo si yo mismo no hubiera descubierto en la relación posesoria de la persona bajo potestad (VIII), el caso en el cual, en todos los tiempos, la noción de tenencia ha sido vista claramente por los romanos, de suerte que les bastaba transportar á otras relaciones jurídicas en que prácticamente pudiera convenir. No creo que quepa poner mejor de manifiesto, el valor eminente que ha tenido para el reconocimiento científico y la aplicación práctica, de la noción de tenencia, ese punto de partida fijo atribuído á los romanos, sin trabajo ni participación intencional de su parte, que explicando las dificultades y obstáculos

extraordinarios que desde el origen se oponían á su establecimiento ó determinación.

El jurista formado en la escuela del derecho romano, está tan familiarizado con la distinción entre la posesión y la tenencia, que la admite y acoge, como tantos otros conceptos, como algo natural y corriente, sin darse cuenta de las grandes dificultades que se oponían á su determinación. Hace, después de todo, lo mismo que todos hacemos respecto á ideas y nociones por nosotros recibidas, completamente formadas por nuestros antepasados. Es mucho ya, cuando nos damos cuenta de que no han existido siempre, sino que han llegado á ser *(geworden sind)* alguna vez; siendo para la misma ciencia, la historia debe *surgir (devenir, Werdens)* de las ideas, de las nociones, de los conceptos, en muchos de los dominios del pensamiento humano, un capítulo que consta de una página apenas comenzada. ¡Y añádase todavía que casi nunca llegamos á representarnos, además del proceso y marcha del *devenir (Werdens)*, las dificultades que lo rodean!—cuando el niño vive, la madre olvida pronto los dolores del parto.

No se me tildará de paradógico cuando estimo de un modo superior esas dificultades con respecto á la distinción teórica entre posesión y tenencia, viendo en esto uno de los productos más dignos de estimación de la abstracción jurídica. ¿Qué importancia tiene tal distinción, se dirá, ante los modelos de capacidad jurídica que en tan gran número nos ofrece la jurisprudencia nueva, por ejemplo, la doctrina de la indivisibilidad de las obligaciones y la del derecho de acrecer entre coherederos y colegatarios? Se me ocurre una doble respuesta á este propósito. En primer lugar, esas teorías pertenecen al período de la jurisprudencia plenamente desenvuelta; forman el sutil trabajo de terminación que la conclusión de la obra de la antigua jurisprudencia exigía. En cambio, el origen de la distinción entre la posesión y la tenencia está colocado indudablemente en una época muy atrasada (VIII). Además, esas produciones son nuevas exclusivamente en el terreno de la *abstracción:* no se hace más que seguir hasta en sus últimas ramificaciones nociones anteriormente adquiridas—¡*inventis facile est addere!*—El sitio del acontecimiento es en nuestro asunto muy otro; es el de la

percepción sensible, y de lo que se trata en este punto es de romper los lazos de la percepción sensible.

En derecho, como en todo lo demás, el punto de partida histórico de lo suprasensible es la percepción sensible. En otra ocasión, en mi *Espíritu del derecho romano* (T. III, § 43), he demostrado eso para el derecho antiguo de Roma, refiriéndome á la manera cómo dominaba una ruda apreciación sensible y materialista en las nociones é instituciones todas de la época antigua. Sólo la época posterior pudo librarse poco á poco de los lazos de la apreciación groseramente sensible, para elevarse á una apreciación suprasensible, espiritual; y más arriba hemos visto de qué modo tal progreso se ha realizado en el dominio de la posesión. Ahora bien: precisamente ahí es donde se ofrece tal progreso sometido á las mayores dificultades: nunca me cansaré de repetirlo. En efecto, á diferencia de todas las demás instituciones, la posesión está referida y unida á la existencia real; todas las demás nociones pueden eliminar al elemento sensible, y lo han hecho en el curso de su desenvolvimiento; en cambio, en la posesión existe como inmanente en su base originaria, en su esencia: forma un elemento teórico de la misma, y en parte alguna la dificultad de separarse de las entrañas de la sensibilidad, para dar á la relación un *carácter independiente de la apariencia exterior*, ha sido más grande que en este caso.

Tal es el punto de vista desde el cual es preciso colocarse para apreciar en todo su valor la importancia del progreso realizado por el pensamiento jurídico, cuando ha llegado á sentar la distinción entre posesión y tenencia—implica la completa destrucción de la *apariencia sensible*. Desde el punto de vista de la percepción sensible, los arrendatarios, inquilinos, etc., aparecen como poseedores, y aquellos á nombre de quien poseen, como no poseedores. Esta relación natural sensible resulta completamente trastornada por el derecho: las personas que de hecho *poseen*, no poseen; las que de hecho *no* poseen, *poseen*.

Considerada de este modo, la distinción paréceme que es, en derecho, una de las producciones más salientes de la facultad de abstracción jurídica; pero á esta abstracción—y doy aquí mi opinión sobre la historia del desenvolvimiento de la noción

de tenencia en el derecho romano—no se ha elevado la jurisprudencia romana por el camino del pensamiento jurídico espontáneo y por su propia iniciativa, sino en virtud de una relación en la cual tenía sin remedio que reconocerla: la *relación posesoria de las personas sometidas á una potestad*. El que aun sin eso hubiera podido un día llegar la jurisprudencia á fijar la noción de tenencia, siguiendo acaso otro camino, al efecto de atender de algún modo á los intereses prácticos, es cosa para mí muy dudosa; de todas suertes, hubiera llegado mucho más tarde.

VIII

Desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia.

Un fenómeno que con extraordinaria frecuencia se reproduce en la historia del derecho, es aquel según el cual las ideas que en unas fases más avanzadas de su desenvolvimiento han llegado á ser generales, no se han producido originariamente sino bajo una forma localizada, esto es, con respecto á una relación particular, bien porque su necesidad fuera especialmente urgente, bien porque su concepción y formación fueran relativamente más fáciles. En mi *Espíritu del derecho romano* (T. III, 4.ª edic., pág. 338), donde yo he hecho un estudio especial de ese fenómeno, y que he procurado hacer comprender con el auxilio de ejemplos, he designado esas relaciones como los *puntos de iniciación histórica de lo abstracto*, procurando buscar y reconocer lo que los hace más especialmente adecuados para el caso. Para la historia del desenvolvimiento del derecho tiene una gran importancia esta localización de lo general, que desde un punto de vista absoluto podría criticarse como un estado de imperfección y de tosquedad del derecho. Las ideas del derecho tienen necesidad de tiempo para crecer y adquirir fuerza, al igual que los seres vivos, así que esa *imperfección* aparente viene á ser una *perfección* relativa; esto es, lo que hace falta para una fase determinada de su desenvolvimiento. Precisamente la forma discreta bajo la cual aparecen primero en esa fase, y la extensión restringida de su círculo de aplicación, es lo que los permite organizarse por entero, y *vivir* en el espacio

limitado en que se han instalado. En la extensión de los tanteos jurídicos es donde las ideas del derecho se ven sometidas en su prueba, y donde deben ante todo acumularse las experiencias necesarias, para transportarlas luego con seguridad á otras relaciones y atribuirlas al fin un valor *completamente* general. Para la jurisprudencia tiene también mucha importancia esta limitación originaria de las ideas, que le ofrece la ocasión propicia de llenar con seguridad la misión que le incumbe, profundizando primero bajo todos sus aspectos las ideas en la forma restringida que el legislador impone, hasta darles luego la forma jurídica conveniente. Bajo esta forma, sin duda restringida, pero claramente trazada y completa, el pensamiento jurídico se habitúa, se familiariza con ellas, y como, en mi concepto, no hay pensamiento tan puramente concreto que no tenga tras sí, bajo lo concreto, y por oscuro que sea su fondo, lo abstracto—pues ya el primer esfuerzo del pensamiento del hombre, el del niño, contiene una generalización, una abstracción inconsciente, una fuerza de pensamiento sin la cual el lenguaje del niño sería absolutamente incomprensible,—realmente la forma restringida del pensar, cuando el *pensamiento* jurídico se ha habituado á ello, lleva por necesidad á amplificar el horizonte más allá aún de las ideas mismas. Entonces es cuando ocurre preguntar: ¿por qué tal limitación? ¿tiene justificación práctica? ¿no pide el pensamiento, por el contrario, una extensión á otras relaciones, ó bien una generalización ilimitada? Así, se ve, de qué modo lo concreto abre el camino á lo abstracto; impulsa, en efecto, al pensamiento jurídico, cuando ha llegado el momento, á privar á la idea de su forma limitada originaria—y téngase en cuenta que, para mí, el pensamiento jurídico comprende el conjunto de todas las fuerzas intelectuales que participan en el desenvolvimiento del derecho, tales como la legislación, la teoría y la práctica.

Es necesario, pues, que estemos siempre en condiciones de mostrar el punto de partida histórico limitado de lo general, y de seguir el crecimiento insensible de una idea, á la luz de los testimonios históricos. A la altura á que llega al fin, todas las relaciones á que se aplica, se tocan y entrecruzan, sin que nos revelen la sucesión histórica merced á la cual han llegado á

unirse. Para tal operación deben servirnos de guía las enseñanzas que sacamos de los hechos históricamente averiguados. Si nos dicen que las formas abstracta y compleja son siempre las más recientes, debemos admitirlo, aun en los casos en que esta prueba no pueda procurársenos de una manera positiva. La autoridad de la cronología *interna* debe suplir la de la *externa*. Aun cuando nada supiéramos de la relación cronológica de las servidumbres rurales y urbanas, de la posesión de la cosa y de los derechos del usufructo, del depósito ó de la prenda regular—sobre cosas *específicamente* determinadas,—ó irregular—sobre cosas *genéricamente* determinadas,—sería preciso no tener idea alguna de cómo el derecho se desenvuelve, para no saber que en todos esos casos la primera forma es la más antigua y la segunda la más reciente. En Roma, el agricultor precedió al ciudadano (1): he ahi por qué la servidumbre rústica es anterior á la urbana. La *cosa* forma siempre el punto de partida natural del derecho de las cosas: todas sus relaciones se desenvolvieron primero en ella, incluso la posesión; por lo que la noción de esta ha debido, en primer término, ser comprendida y formada en la cosa antes de pasar al derecho. Lo mismo ocurre con la distinción de la designación específica ó genérica de las cosas en las relaciones obligatorias que tienden á su restitución. El objeto natural y al propio tiempo regular de la relación, es la cosa determinada de una manera concreta, no abstracta.

Hagamos ahora la aplicación de lo que venimos diciendo con relación á la tenencia relativa. ¿Cómo han llegado á ella los romanos? ¿La han concebido desde luego con la misma generalidad que tiene en el derecho nuevo, ó es una relacion particular determinada la que les ha familiarizado con ella y de la cual se ha podido luego aplicar por ampliación á otras relaciones?

Hay cuestiones que basta plantearlas para resolverlas. Si nuestra jurisprudencia hubiera procedido así, con la cuestión antes indicada, convencido estoy de que hubiera encontrado

(1) Punto es este estudiado por el mismo Ihering en su genialísima obra *Prehistoria de los indoeuropeos*.—(N. del T.)

hace tiempo la respuesta, porque basta representarse las dos relaciones de que aquí se trata, para que pueda verse inmediatamente. La una es la relación de tenencia, que tiene su base en el poder dominical: tenencia de hijos y de esclavos, para el jefe de familia—relación de tenencia *doméstica;*—la otra tiene su base en un *contrato:* tenencia de colonos, arrendatarios, comodatarios, etc., etc.—relación de tenencia contractual.—Y yo pregunto: ¿cuál de las dos relaciones es la más antigua? En Roma ha habido siempre hijos y esclavos, mientras que comodatarios, arrendatarios, colonos, etc., no los ha habido sino más tarde. Las dos especies de relación de tenencia relativa, la tenencia por procuración y la interesada, se daban necesariamente para la niñez y para los esclavos: *aquélla,* cuando el jefe de familia estaba *ausente,* en cuanto entonces aquéllos ejercían la posesión para él; *ésta,* aunque el jefe estuviere *presente,* con relación á todas las cosas que les hubiere concedido para su *uso* personal. Estas cosas las tenían *para sí,* no *para él.*

Bien se ve la distancia entre esa relación de tenencia dada por la casa romana misma, y la del arrendatario, la del colono, etc. Eran, en verdad, muy raras las ocasiones que la vida romana les ofrecía en la época más antigua—y cuenta que no debe olvidarse que sólo me refiero á esta época.—El antiguo romano cultivaba por sí sus fundos, y si eran pocas sus fuerzas, lo ayudaban su mujer, sus hijos, sus esclavos. La idea de cruzarse de brazos y esperar que los fundos fuesen cultivados por un colono, cobrando el dueño, como capitalista, la renta, no existe en la época primitiva. El alquiler de una casa ó de una parte de la misma, no tiene razón de ser en esa época. Esas relaciones no surgen sino en una fase avanzada de la civilización, esto es, en la vida urbana: el pobre que no tiene siquiera una cabaña para cobijarse, no la alquila—nadie querría alquilársela,—sino que se coloca como doméstico, á menos que viva de la caridad. Dejo al lector decidir por sí, si las relaciones de tenencia sobre cosas muebles, comodato, depósito, mandato de transportar ó guardar una cosa—pues es preciso exceptuar el mandato encaminado á la *adquisición de la posesión,*—tienen derecho preferente de prioridad sobre las relaciones de tenencia doméstica.

Nuestra conclusión es que, por muy allá que pueda llevarse la relación de tenencia contractual en el pasado, la tenencia doméstica es anterior con mucho. *La casa romana es el punto de partida histórico de la noción de tenencia, el lugar originario, la patria de la relación de tenencia relativa.*

Esta relación existía sin duda ya bajo esta forma en los tiempos primitivos, pues de no ser así, no hubiera podido designar como suyos ni á su mujer, ni á sus hijos, ni á sus esclavos; en cambio, el caso de tenencia contractual no es fácil determinarlo en esta época. Ahora bien: bajo esta forma—y abordo así la cuestión relativa á saber en cuál de las dos relaciones, doméstica y contractual, *pudieron concebir primeramente* los romanos el carácter jurídico de la relación de tenencia—la *naturaleza jurídica* de la tenencia saltaba á la vista, no sólo del jurista, sino también del hombre vulgar. Todo romano sabía que los hijos y los esclavos no podían intentar una acción contra terceros ni contra el cabeza de familia; lo que en materia de posesión significaba que, en el sentido del derecho, no podían *poseer,* esto es, que sólo podían *tener*. Los dos lados de la relación de tenencia relativa: el *negativo*, que el tenedor *no* posee para sí, y el *positivo*, que el dueño ó señor de la posesión *posee* para sí, manifiéstanse aquí con gran claridad á la vista de todos; la percepción del verdadero estado de las cosas era obra, pues, no del pensamiento jurídico, sino de la misma concepción popular primitiva: en tal respecto, antes que ser difícil su reconocimiento, sería necesario no pequeño esfuerzo para desconocerlo.

Que se comparen ahora las dificultades que, según hemos visto, implica la abstracción de la noción de tenencia. Las recuerdo aquí con el objeto de referirlas á la cuestión siguiente: ¿en virtud de cuál relación pudo el pensamiento de los romanos llegar á la noción de la posesión, por la doméstica ó por la contractual? En ésta, la tenencia lleva el sello imborrable del pensamiento del jurista, del hacer intencional de éste; no caía ni cae aun hoy dentro de la concepción espontánea popular: en aquélla, la tenencia no pide intención y reflexión para penetrar en el orden natural de la vida, sino que era inherente á la casa romana, y así, no sólo *podía*, sino que *debía* imponerse

á la inteligencia del hombre del pueblo, vulgar; con lo cual estimo que implica una ventaja no despreciable en favor de mi teoría eso de haber logrado una *base popular* para la noción, por lo demás tan enigmática, de la tenencia. La noción de la tenencia pertenece á las *nociones de la intuición jurídica nacional romana.*

Resumiré los resultados de la investigación precedente en la siguiente proposición:

> La casa romana es el *origen*, la *patria de la relación de tenencia*, no sólo en cuanto á *su aparición de hecho*, sino en cuanto á *su reconocimiento jurídico*: realmente en la casa es donde por primera vez se ha revelado á la conciencia de los romanos la noción de la tenencia.

Me he preguntado, además, si no han persistido algunos rasgos de este estado originario. En este punto, tengo siempre por costumbre dirigirme ante todo al lenguaje, que es el conservador fiel de la manera de ver propia de las épocas prehistóricas. Veamos si nos da alguna luz.

No hay en él una expresión exclusiva para la relación posesoria de las personas bajo la potestad del jefe de familia. La tiene para su relación de propiedad: tal es la palabra *peculium*. Por ella nos designa la imitación de la propiedad con relación á las personas bajo potestad. Según la intención del jefe de familia, las personas que le están sometidas deben, con relación á las cosas que les concede su peculio, tomar de hecho la posición del propietario; deben poder disponer de ellas aun sin su consentimiento, sacando el derecho de esa voluntad del jefe de familia, la consecuencia, tanto para el *derecho de las cosas*, pues concede á sus enajenaciones el mismo efecto jurídico que si hubieran sido hechas por un propietario, como para el *derecho de las obligaciones*, puesto que reconoce á sus acreedores un derecho á ser pagados con cargo al peculio; en suma, el peculio llena en los límites fijados por el derecho, la función de la propiedad (1).

(1) *Quasi patrimonium* (L. 47, § 6), *de pec.* (15, 1). *Veluti proprium patrimonium* (L. 19, § 1, L. 32 pr., L. 39 id.).

Para la relación posesoria de las personas sometidas al jefe de familia, los romanos han conservado la palabra *possessio*; el *naturalis*, con que la distinguen de la posesión jurídica, no le es particular, pues se emplea para toda relación de tenencia en general. Pero si es cierto que la tenencia ha sido concebida *doctrinalmente*, en primer término, para la relación posesoria de las personas bajo la potestad doméstica, es preciso admitir lo mismo con respecto á la designación del *lenguaje*. La palabra es el heraldo del pensamiento: anuncia que éste está allí.

He ahí porqué es necesario referir la primera aparición de una palabra que más tarde ha obtenido una significación más amplia, adonde el pensamiento se ha apoderado por primera vez de la idea que expresa, donde la idea ha surgido, encontrándome por tal manera en la casa romana la designación de la relación de tenencia con el nombre de *Naturalis possessio*, que por tanto ha sido la designación originaria de la relación posesoria en el interior de la casa romana; designación que no se transporta hasta más tarde á la relación de tenencia contractual, al propio tiempo que la noción de tenencia.

El término *naturalis* encuéntrase también como técnico en otra combinación, en la de *obligatio naturalis*. Debe, en mi concepto, decirse de la *obligatio naturalis* lo mismo, con respecto á las tres direcciones antes indicadas: la prioridad de su aparición *de hecho*—su reconocimiento doctrinal—y su designación con el *lenguaje*. Imagínese de un lado los casos extremadamente raros é insignificantes de la *obligatio naturalis*, una parte de los cuales, á mi ver, no han sido señalados por los juristas sino tan sólo con el objeto de agotar todo lo que pueda decirse de esta materia, y de otro su aparición incesante, diaria, absolutamente inevitable en la casa romana, y no se vacilará en admitir que allí tuvo que ser donde se pudo formar por primera vez una idea de ellos, y darles sus nombres. Así como la *possessio naturalis* contiene el reflejo del *derecho de las cosas*, así la *obligatio naturalis* contiene el del *derecho de las obligaciones* dentro de la casa romana. Si no podemos concebir la casa romana sin la *tenencia* de las personas bajo el poder doméstico, tampoco podemos concebirla sin actos jurídicos de dichas personas. Entre los miembros de la casa romana sometidos al jefe de la familia,

tanto entre sí, como respecto de ésta, establecíase una corriente de obligaciones, en que todos tenían que conceptuarse comprendidos. El esclavo que hubiese hecho un préstamo á su compañero de esclavitud, el hijo de familia que hubiese hecho un préstamo á su hermano, estaban seguros de su restitución. Si no se verificaba, se dirigían al jefe de familia—que dentro de la casa romana tenía la posición de un juez *(domesticus judex)*.—Por las dos partes se había atendido en esos casos á un *acto jurídico*, cuyas condiciones legales existían subjetiva y objetivamente como en los demás casos. Pero como la circunstancia de negar el derecho á este acto la consecuencia civil, la acción, imposibilitaba la admisión de una *obligatio* en el sentido del derecho—*obligatio civilis*,—quedaba sólo la *obligatio naturalis*, el *naturale debitum*, según la equidad natural– *naturalis equitas*—ó de la vida doméstica. En la *possessio naturalis* de las personas bajo potestad, la *noción de la posesión*, y en la *obligatio naturalis*, la *noción de obligación*, se estrellan contra el obstáculo que implica la constitución de la casa romana: nuestra *n* es quien quita aquí á las condiciones de la obligación, como más arriba á las de la posesión, la eficacia que de otro modo hubieran tenido. En ambos casos no se requería el ojo del jurista para ver el verdadero estado de las cosas: claro resultaba á la vista de todos, pudiendo por nuestra parte decir de la noción de la *obligatio naturalis*, lo mismo que más arriba se dijo de la *possessio naturalis*; habiendo surgido *de hecho* en la casa romana, é imponiéndose irresistiblemente á la *conciencia común*, no era un pruducto del arte de los juristas, sino una noción completamente popular, y una de las nociones jurídicas originarias del pueblo romano—¡hubiera sido necesario un esfuerzo para no percibirla!

En ambas relaciones la casa romana fué la que ha hecho á los romanos ver claro la *distinción del hecho y del derecho*, ó sea entre la *eficacia* y la *ineficacia* jurídica de un mismo conjunto de condiciones positivas, y toco aquí con un fenómeno histórico jurídico de primer orden, que hasta ahora no se ha advertido: tal es la importancia eminente de la casa para el despertar temprano y el desenvolvimiento primero del pensamiento jurídico nacional. Al negar á los estados jurídicos aparentes, su eficacia ordinaria, la constitución de la casa romana daba un

impulso imperioso al pensamiento jurídico: era como acicate de la conciencia jurídica, y no creo exagerar al decir que el temprano aparecer de la facultad de análisis jurídico de los romanos debe atribuirse á la casa romana. Ponía, en verdad, al romano en una altura desde la cual debía ver el mundo del derecho con mirada de jurista; porque la casa era como *atalaya del derecho.* Nociones que hoy sólo el jurista comprende, resultaban entonces accesibles á la conciencia común. En la expresión puramente gramatical de la distinción entre *civilis* y *naturalis*, para las dos relaciones indicadas, el pensamiento común se había apoderado de una distinción doctrinal de la mayor importancia para la manera de ver el derecho; tal es, la distinción, de lo *jurídico (Rechtlichen)*—esto es, el *derecho*, y el *hecho (Factischen)*;—trátase, en efecto, de una distinción colocada á modo de presente jurídico en la cuna del derecho, y acomodable desde los primeros momentos al pensamiento jurídico. Bajo la fórmula poco aparente, *civilis* y *naturalis*, ocúltase una de las obras más preciosas del pueblo romano. La jurisprudencia romana la ha encontrado ya totalmente hecha en su camino, pues en la antigua Roma el pensamiento jurídico no ha esperado á los juristas: el pueblo iba delante de ellos. Todo el mérito corresponde á la *casa romana.*

No tengo por qué explicar aquí la aplicación por el derecho posterior de la distinción entre *civilis* y *naturalis*, toda vez que mi fin se limitaba á remontarla hasta la casa romana (1).

Vuelvo á la posesión. Creo estar autorizado para considerar como sentado que el término *possessio naturalis* dado á la relación de tenencia, tiene su origen histórico en la casa romana. Allí es donde la relación se ha revelado primeramente á la con-

---

(1) El último empleo histórico de la distinción de *civilis* y *naturalis* con respecto á las relaciones domésticas, es la aplicación hecha por Justiniano á la propiedad de la mujer sobre las cosas dotales, en la L. 30, Cod. *de jure dot.* (5, 12): *cum* NATURALITER *permanserunt in ejus dominio:* limítase con esto á presentar la idea popular del lado de hecho de la relación, según lo habían hecho ya antes de él los juristas romanos, por ejemplo, Pablo, en la L. 11 de lib. 28, 2. Véase á este propósito mi *Espíritu del derecho romano*, tomo 2.°, páginas 208 y siguientes. Sabido es cuán amplio empleo se hace de tal distinción en las relaciones de la familia—matrimonio, concubinato, adopción, emancipación, agnados y cognados.

ciencia, siendo allí también donde, por consiguiente, ha debido sentirse por primera vez la necesidad de distinguirla lingüísticamente de la posesión.

Una segunda modalidad del lenguaje, en la cual creo poder descubrir también un reflejo del antiguo estado de cosas, es la de *in possessione esse*. *Esse* indica la *estancia (Aufenhalt)* sobre una cosa, y no se puede estar sino en cosa *inmueble*. Esta expresión lingüística de la mera estancia en la cosa, era tan exacta para los hijos y los esclavos, que moraban con el jefe de familia en la *misma* casa, ó estaban en el *mismo* fundo, y ponía tan de relieve, de una manera tan ostensible la apariencia exterior de su posición, que do quiera ha constituído el punto de partida de todas las formas lingüistas. Al propio tiempo dicha expresión resultaba inapropiada para el arrendatario ó el colono cuya intención no se limitaba á una simple *estancia* en la cosa. Así, pues, la expresión ha podido formarse en la primera relación y no en la segunda, de donde infiero y afirmo que no ha sido transportada á esta última sino posteriormente. No sé yo si mi sentido del lenguaje me engañará; pero veo además en esta expresión una indicación de la estancia del tenedor *junto* al poseedor, de la estancia *común*, en la misma cosa; esto es, de la *coposesión (Mitbesitz)*. *In possessione est*, implica tácitamente otro como *possessor*, en cuya *possessio* se encuentra el tenedor; ahora bien: en la significación originaria, es decir, puramente *sensible* de la expresión, no puede tratarse de otro, sino de aquel que se reconoce por los sentidos como poseedor, esto es, aquel que está *presente* por sí mismo ante la cosa. El dueño que ha cedido á otro la ocupación material del fundo, no se *ve* en el mismo; su posesión no descansa en las reglas del derecho: *possessio civilis* en ese sentido; en cambio, se *ve* al jefe de familia. *In possessione esse* significará, según esto, la relación de posesión *común, sensiblemente* recognoscible, entre el poseedor y el tenedor.

Esta idea tiene un apoyo en la significación técnica de las palabras *in possessione mittere, ire*, del Edicto pretorio. En los casos en que la *immissio* no tiene en cuenta más que la *custodia rerum et observantia* (L. 1 *quib. ex c.* 42-4), el *immissus* no obtiene la posesión, sino tan sólo la tenencia (L. 12 *ib.* L. 3, § 23,

h. t.): tiene *junto* al poseedor (L. 5 *pr. ut in poss.*, 36, 4: SIMUL *cum eo possidere jubetur)*, y sólo si ese medio de posesión se revela como eficaz, es cuando *dominus deficiendus erit possessione* (L. 15, § 23, *Damni inf.*, 39, 2).

Al igual que la expresión *naturalis possessio*, la *in possessio esse* ha sido transportada más tarde de la tenencia doméstica á la contractual. Espero demostrar luego por qué medio. La diferencia del punto de vista desde la cual esas dos expresiones comprenden la tenencia, salta á la vista. La primera nos la designa por el lado *negativo* y *absoluto*: el tenedor no es poseedor; el segundo, por el lado *positivo* y *relativo* con relación al dueño: el tenedor ejerce la posesión de este último; la primera expresión tiene, pues, también aplicación á la relación de tenencia absoluta: la segunda, no.

He ahí todo lo que el lenguaje puede revelarnos acerca del aspecto originario de la relación de tenencia (1). A los dos puntos de apoyo, si no por entero evidentes, á lo menos dignos de nota, que nos proporciona, hay que añadir un testimonio de un jurista romano, cuya alta importancia para nuestro asunto aun no ha sido advertida por nadie: es el texto de Gayo, IV, 153:

> *Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit,* LICET IS NOSTRO JURI NON SUBJECTUS SIT, *qualis est colonus et inquilinus.*

Gayo distingue entre la posesión propia ó *inmediata*, y la *mediata* por otra persona, y toma por base en cuanto á esta última la distinción entre la tenencia *doméstica* y la tenencia

(1) Tan sólo para rechazar una idea, que á otro pudiera ocurrírsele, como ahora se me ha ocurrido á mí, haré notar que el término *extraneus*, de que se sirve la L. *ult. h. t.* para la relación posesoria: *adversus* EXTRANEUS *vitiosa possessio prodesse solet*, no da punto de apoyo á la idea desenvuelta arriba. Otra modalidad de lenguaje de que se sirven los romanos para designar la relación de tenencia relativa, es: *nostro* NOMINE *possidere*. Podría pretenderse que hay ahí también una indicación de la relación doméstica. Cuando se preguntaba á los esclavos ó á los hijos á quién pertenecía lo que tenían en sus manos, daban el nombre del padre: ese nombre cubría la casa toda, y por tanto, posesión: *possident* NOMINE *patris*. Mas este argumento no tiene fuerza alguna probatoria, como se demostrará más adelante.

contractual. Los términos de que se sirve para esta última, nos muestran de un modo claro, la idea que tenía de una y otra. Al decir del colono y del inquilino que tienen para nosotros: LICET *in nostro juri subjectus non sit,* claramente dice que, en rigor, el NOSTRO NOMINE *possidere* presupone el NOSTRO JURI *subjectum esse.* Que pueda existir sin esta última condición, he ahí para él una particularidad sobre la cual juzga necesario llamar la atención de una manera especial. La idea misma, por mí desenvuelta antes, es la que aquí se manifiesta en Gayo: la casa romana es el asiento originario de la relación de tenencia; la forma normal de la tenencia es la de los hijos y la de los esclavos; fué ya más tarde cuando se extendió de éstos á los colonos y á los inquilinos.

¿Y es quizá ésta una idea particular de Gayo? Bastaríame esto ya, porque esta concordancia de opinión con un jurista romano, me pondría á salvo de la censura de introducir en el derecho romano una idea que éste no conocía. Gayo ha experimentado exactamente la misma impresión que yo. La relación de tenencia doméstica es la forma originaria de la relación de tenencia, mientras la contractual sólo contiene una imitación.

En realidad, Gayo se ha limitado aquí á dar la concepción romana antigua de la tenencia. Esta concepción consistía en que la posesión mediata del dueño, su poder sobre la *cosa*, resultaba de su poder sobre la *persona*—tiene la cosa en su poder *porque* y *en tanto que* la persona está en su poder.—Esta concepción resulta clara por una indicación que Gayo nos ha conservado sobre otro asunto. Al tratar de la adquisición para el jefe de la familia por las personas que se encuentran *in manu mancipiove* (II, 90), distingue la posesión de la propiedad. Esta última, dice, se puede también adquirir por terceras personas:

> *au autem possessio adquiratur, quaeri solet,* QUIA IPSAS NON POSSIDEMUS.

De donde sacamos una doble conclusión.

En primer término, que en la época de Gayo se admitía aun la posesión sobre los hijos de familia, así como sobre los esclavos. Opinión que fué abandonada por el derecho nuevo (1),

(1) Pablo, en la L. 1, § 8, *h. t.*

y de la cual, que yo sepa, no se encuentra ya rastro en la compilación de Justiniano. Si se tiene presente que, según el derecho antiguo, los hijos de familia podían ser reivindicados (1), y que en el procedimiento de reivindicación había siempre margen para la concesión de las *vindiciae*, es decir, para la adjudicación de la *posesión* interina, la admisión de la posesión sobre los hijos de familia, en el derecho antiguo, no puede causar sorpresa alguna, explicándose así al propio tiempo que el desuso de la *reivindicatio* de los hijos haya producido también la desaparición de la posesión sobre los hijos, que era su consecuencia.

La *segunda* conclusión que sacamos del texto de Gayo, es que la antigua jurisprudencia no conceptuaba el simple poder *jurídico* sobre la persona, como suficiente para la adquisición de la *posesión*. Este poder bastaba para la adquisición de los *derechos*, por lo que las personas *in manu mancipiove* podían adquirir *derechos* para el jefe de familia, mientras las personas libres no (2). Para la *adquisición de la posesión* era preciso la posesión sobre la persona; sólo los esclavos y los hijos de familia, que *poseemos*, pueden adquirir la posesión para nosotros. ¿De dónde se origina esta extravagancia? Trátase, en verdad, del punto de vista de la *simetría jurídica*, que tantas veces hemos encontrado en la antigua jurisprudencia, según he demostrado con una porción de ejemplos (V. *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, edic. 4.ª, págs. 625 y sigs); punto de vista fundado en la regla: el derecho engendra derecho; la posesión, posesión. Un jurista de la época antigua hubiera visto una *inelegantia juris*, una infracción de las leyes del arte jurídico, en lo de que el poder meramente jurídico sobre la persona fuese el medio del poder real, físico, tal cual lo exige la posesión, mientras que la adquisición de la posesión por una persona que lo poseía no sería más que una consecuencia necesaria de la rela-

(1) L. 1, § 2 de R. V. (6, 1). Ulpiano refiere aquí que Pomponio tenía también por aplicable la antigua *reivindicatio*, de donde se seguía que también ha admitido la posesión sobre los hijos de familia, si bien en la práctica había sido reemplazada por los medios jurídicos indicados por Ulpiano: *petuntur (liberae personae) aut praejudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria.*

(2) Gayo, II, 86, 95.

ción; poseyendo la persona misma que posee, poseo también lo que posea. Esta persona podría ser considerada como el instrumento, como una especie de mano alargada, mediante la cual yo mismo he podido lograr la posesión. Aplicando este punto de vista es como la jurisprudencia le negaba al señor la posesión adquirida por un esclavo que dejase de estar en su posesión (1).

Sólo con relación á la continuación de la posesión, una vez establecida, fué como prevalecieron desde los tiempos antiguos otros principios. Por medio de una persona libre se podía, *no adquirir*, sino *mantener* la posesión, reproduciéndose también distinción tan fecunda en consecuencias con respecto á los derechos (2). Sin ella, el propietario desde el momento en que dejara irse de su mano la cosa, hubiera, sin más, perdido su posesión; en cambio, con ella conservaba la posesión, si la entrega sólo se refería á la tenencia. Ahora bien: esta noción de la tenencia debíanla los romanos á la casa romana, en donde floreciera siempre. Precisamente para probarlo me he detenido en la exposición precedente, y creo haber logrado mi propósito.

Al propio tiempo he probado que la noción de tenencia ha sido *transportada* de las relaciones domésticas á las contractuales.

La tenencia sale de la casa romana y se pone en camino.—Sigámosla, pues.

La tradición histórica nada dice en cuanto á la marcha seguida por la noción de la tenencia en las diversas relaciones contractuales, no debiendo esto sorprender, porque ese movimiento progresivo debió de haberse realizado muy al principio.

---

(1) L. 21, pr. de A. D. D. (47, 1)... *quia servum non possideam*. L. 54, § 4, ib., y L. 1, § 6, *h. t.*

(2) Véase, como ejemplo, la L. 24, § 2 *de usurp.* (22, 1), donde Pablo trata de la interpelación hecha por el representante y rechaza la objeción fundada en la inadmisibilidad de la representación, diciendo: *nec hoc casu per liberam personam* ACQUIRI *videtur, sed officium impleri, sicuti cum quis furtum mihi facientem deprhendit, negotium meum agens, manifesti actionem mihi parat*, y L, 3 pr. *quod vi* (43,24), donde Ulpiano razona igualmente respecto á la interdicción de un *opus novum* hecha por un representante: *nec quem moveat, quod per liberam personam actio* ACQUIRI NON SOLET, *nam prohibitio haec* DEMONSTRAT VI *te facere*.

Procuraremos suplir, mediante combinaciones históricas, los atestados positivos que las fuentes no nos ofrecen.

Conformándome con una idea puesta ya á prueba en todos los casos análogos, restablezco el lazo de unión entre el *punto de partida* y el *punto de llegada* de su desenvolvimiento histórico, buscando los *encadenamientos intermedios*. Del derecho romano en su buena época cabe decir lo mismo que de la naturaleza: no conoce los saltos; realiza las transiciones paso á paso hasta llegar al fin; elévase de lo que es originariamente limitado hasta la generalidad completamente ilimitada.

Siguiendo este método, procuraré indicar las relaciones de tenencia contractual que mayor afinidad tenían con la tenencia doméstica, y á las cuales, por tanto, se podría transportar con mayor facilidad y naturalidad la de la noción de tenencia. Para encontrarlas es necesario conocer los rasgos característicos de la tenencia doméstica y examinar á cuáles relaciones de tenencia se aplican fuera de la casa.

Dos son los rasgos. El *uno* es la *relación de dependencia* personal de los hijos—en adelante me serviré de este término, por abreviar para designar las personas todas sometidas á potestad—del jefe de familia. El *otro* es la *comunidad* de su posesión ó sea la *coposesión*, como yo creo poder llamarla sin temor á una mala interpretación. Veamos si podemos encontrar puntos de comparación en la relación de tenencia contractual. Comencemos por el segundo.

La *coposesión (Mitbesitz)* del tenedor. Cabe concebirla para los *inmuebles;* para los muebles, no. Aplícase á los inmuebles bajo la forma del arriendo de una parcela de tierra y del alquiler de un cuarto ó de una habitación. Si la existencia de esas dos relaciones puede demostrarse en la antigua Roma, nos dará el eslabon deseado que una la tenencia contractual con la doméstica. ¿Existieron? Una de ellas: la coposesión en la casa, existía, de tal modo, que en la formación de la palabra *inquilinus*, que sirve para designar al inquilino, el lenguaje señala esta forma de la relación de alquiler como la más *exclusiva*. Festo explica esta palabra del modo siguiente (1): *qui eumdem colit*

(1) Véase Vanicek, *Griech. lat. etimologisches Wörterbuch*, I, pág. 124; *col, colere, col onus, in-quil-inus.*

focum vel EJUSDEM *loci cultor*. El *inquilinus* es, pues, el que mora con el jefe de la familia en la *misma* casa. Su situación contrasta con la de los hijos en la casa paterna, y no sólo en cuanto á la coposesión, sino también en cuanto á la dependencia personal: el señor de la casa puede poner siempre al inquilino á la puerta, usando para ello de su derecho de señor.

¿Y la relación de arrendamiento? El lenguaje no nos presta aquí auxilio: la palabra *colonus* tiene un sentido completamente general, siéndome imposible probar históricamente la existencia del arrendamiento parcial en la época antigua. En cuanto á la posterior, por el contrario, puedo demostrar, no que existiese de hecho, cosa clara, sino que á diferencia de nuestra época actual, constituía la *regla*. Hablando de él, Columella (II, 7) trata del arriendo parcial como de la forma normal: habla siempre de los *coloni* en plural y nunca del *colonus* en singular, y eso, por de contado, refiriéndose, no al arrendador, que tiene *varios* fundos que arrendar, sino al que posea *un solo* fundo. De donde se sigue que no le arrienda por entero, sino por parcelas. La manera como Columella describe la situación de esos arrendatarios según debe ser para tener su forma propia, es muy significativa: *patris familia, felicissimum* FUNDUM —singular,—*esse, qui* COLONOS—plural,—*indigenas haberet et tanquam in* PATERNA POSSESSIONE *natos jam inde in cunabulis* LONGA FAMILIARITATE *retineret*. Resultan aquí los colonos contados en la familia, tomada en el sentido más lato; trátase de una relación que de una parte y de otra se hereda de padre á hijo, por lo que era extraordinariamente vecina de la relación doméstica.

Ahora, ¿podremos remontar el arrendamiento parcelario á la época antigua? En mi concepto, si se ha conocido entonces el arrendamiento, sólo podía ser en la forma indicada. El verdadero aldeano no arrienda toda su hacienda; no está habituado á ponerse por entero á renta, cruzándose de brazos como un capitalista; eso lo deja para el hacendado de la ciudad, que no puede cultivar por sí sus tierras, ó el rico poseedor de bienes que quiere descansar ó que posee inmuebles con exceso para poder cultivarlos por sí mismo. Cuando el aldeano arrienda, lo hace sólo de parte de su hacienda, que está en condiciones es-

peciales, esto es, que no puede cultivar fácilmente ó que no puede utilizar con tanto lucro como lo demás. Así en la antigua Roma el aldeano arrienda una parte de su fundo, como un prado, una viña, los olivares, de que podía prescindir: casi nunca lo hacía de todo el fundo.

Admitiendo la coposesión en los colonos y los inquilinos, en la época antigua, se explica cómo la modalidad de la frase *in possessione esse*, tomada de esas relaciones, puede transportarse de la familia á esas personas. Después de haberse acostumbrado, respecto de ellas, á designar de ese modo su relación posesoria, la expresión se extendió luego á todos los arrendatarios é inquilinos, para quienes no cuadraba su significación puramente originaria sensible de coposesión; en cambio, tomó de ésta la significación ideal, atendiendo exclusivamente á la característica jurídica de la relación.

La relación de dependencia personal del tenedor.—La posesión jurídica del colono y del inquilino, en la antigua Roma, es tan fundamentalmente distinta, en el respecto jurídico, de su posición actual, que apenas si pueden compararse. Hoy esas personas gozan de la completa protección del derecho, no sólo de la protección personal por las acciones contractuales, sino también de la protección posesoria *(summarissimum, actio spolii)*, y bajo el imperio de las legislaciones donde no rija la máxima de derecho común: «venta mata arriendo», se la concede una seguridad en su posición jurídica que en nada cede á la del propietario: ambos tienen según el lenguaje romano, un *jus in re*. El arrendatario actual tiene la misma seguridad que el enfiteuta romano; el inquilino actual tiene la del superficiario romano; si cumplen con su deber, si pagan su renta ó alquiler, si no destruyen la cosa, el dueño nada puede sobre ellos.

En la antigua Roma ocurría precisamente lo contrario: no había una acción de contrato: la *actio conducti* corresponde al sistema del *jus gentium:* es de origen más reciente. Los colonos ó inquilinos no tenían, como simples tenedores, ningún derecho á la protección posesoria: el propietario podía lanzarlos por sí, y si se resistían, tenía el *interdictum uti possidetis* ó *unde vi*. Podía llegar hasta prohibir al colono la recolección de los frutos, y si éste no respetaba la orden, no sólo no obtenía la pro-

piedad de los mismos (1), sino que cometía un *furtum*. No hay, pues, derecho alguno ni para el colono ni para el inquilino.

La semejanza de esta relación de tenencia de los colonos y de los inquilinos, con la doméstica, es clara. Como ésta, era una relación de puro *hecho*, una relación *ad bene placitum*, dejada por entero á la voluntad y al capricho del dueño: éste no miraba sus colonos ó inquilinos de modo diferente que á sus hijos y á sus esclavos. Lo significativo para esta concepción, es el hecho de que, al modo como el padre de familia vigilaba á sus hijos, el dueño vigilaba á sus colonos, cual jornaleros de él dependientes: obligábalos á trabajar cuando eran perezosos ó dejaban de hacer en tiempo oportuno los trabajos necesarios (2).

Preguntaráse con extrañeza cómo una relación tal, que condenaba á esas personas á un estado de total falta de derecho, ha podido mantenerse en Roma durante siglos. A lo cual respondo preguntando á mi vez, si es menos sorprendente que durante siglos haya dejado el derecho sin protección jurídica á los hijos. No es el derecho el único poder de quien la vida tiene que esperar la reglamentación adecuada de las relaciones humanas; á su lado están las *costumbres*, que según el testimonio de la historia, han puesto bien de manifiesto el poder de hacer sus veces, cuando el derecho no ha alcanzado aún su pleno desenvolvimiento (3). Y allí donde ambos faltan, queda todavía otro motivo para realizar lo que hoy acostumbramos á esperar tan sólo del derecho: la consideración del interés personal, quiero decir, no sólo del interés material, sino del ideal también; el temor de la opinión pública, el miedo á comprometer una buena reputación, una posición social. El dueño que en Roma abusaba sin medida del poder que el derecho le reconocía, para lanzar á su colono sin motivo, comprometía su reputación, y debía sufrir análoga experiencia á la de nuestras amas de casa que maltratan á sus criados: que suelen no encon-

(1) L. 6, *de donat.* (39, 5).

(2) Columella, loc. cit.; *avarius* OPUS EXIGAT *quam pensiones*.

(3) Puede verse la prueba, con respecto á la organización de las relaciones de familia en Roma, en mi *Esp. del D. R.*, II, § 32.

trar quien las sirva. El mismo dueño tenía el mayor interés en conservar un colono probado: era preciso que estuviera loco para lanzarlo. Por el testimonio citado de Columella, sabemos que las familias de los colonos persistían durante varias generaciones en el mismo fundo.

Resulta, pues, que, de hecho, únicamente el colono *malo* era el lanzado de sus tierras en Roma, no teniendo el poder en virtud del cual podía ser lanzado sin razón, más que un valor inapreciable. De este modo no había dificultad alguna: el dueño se defendía á sí propio: lanzaba al colono malo para poner en su lugar uno bueno. Precisamente, para garantir esta posibilidad al propietario, se le concedía la posesión, concediendo al tenedor sólo la tenencia. Pero del propio modo que el *jus necis ac vitæ* del padre, no se dirigía más que contra el *mal* hijo, que se hubiere hecho digno de la muerte, y de hecho á *él solo* se aplicaba, así el derecho de lanzar al colono sólo se aplicaba al *malo*. Para no limitar el ejercicio de esos derechos á los dos casos contra el *malo*, por la prueba previa de la maldad, estaban concebidos de una manera bastante general, á fin de poder en derecho aplicarse aun contra el *bueno*. El derecho sabía que el uso, el interés personal y otros motivos corregirían los abusos; y bien puede afirmarse de que así era en realidad, teniendo en cuenta la circunstancia de que los romanos, tan prácticos, han dejado subsistir semejante estado de cosas durante siglos. La organización satisfactoria, de hecho, de la relación de arrendamiento en la antigua Roma, no obstante la falta completa de protección jurídica, no es, en verdad, más sorprendente que el contraste que ofrecen nuestras relaciones actuales, con respecto al cumplimiento de actos jurídicos, en los cuales la fórmula literal prescrita, no se observa de ordinario á causa de su complicación (1).

Paréceme haber probado, en lo que precede, que la relación de los colonos y de los inquilinos, tal cual se presentaba en la

(1) Véase mi citada obra, *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, edic. 4.ª, pág. 489, n. 662. Más adelante volveré á tratar la transformación sufrida por la protección jurídica de los colonos é inquilinos, en el derecho romano posterior y en el derecho actual.

antigua Roma, tocaba muy de cerca á la de los miembros de la familia, y si el derecho romano ha conservado aquí su manera habitual de avanzar paso á paso, á esa relación debe de haber sido á la que en un principio hubo de transportar la noción de tenencia. Ahora bien: esto quiere decir que en la relación contractual, la tenencia ha aparecido primeramente en las cosas *inmuebles*. En el sistema de protección de los derechos en Roma, y por razones prácticas fáciles de comprender, la cosa inmueble tiene una preponderancia decidida respecto de la mueble: para aquélla, la duración de la protección jurídica implica dos veces el tiempo de la de las muebles, sin distinguir entre la propiedad y la posesión; las cosas inmuebles prescriben á los dos años, las muebles al año; el *interdictum uti possidetis* prescribe al año, el *utrubi* al año. La misma noción de la propiedad del derecho más antiguo—*dominium ex iure Quiritium*,—estaba, en mi concepto, originariamente (1) en la más estrecha correlación con la propiedad inmueble: no comprendía entre las cosas muebles sino aquellas que servían á la *agricultura*—esclavos, animales de tiro y carga.—Así que allí fué donde se ha concebido y formado en un principio la noción de posesión, que no se transporta sino más adelante á las cosas muebles. Si es cierto, y como tal lo tengo (2), que la concesión de las *vindiciæ* fué en Roma la más antigua forma del procedimiento de la posesión (3), la cual no se reemplazó por el Pretor con la protección por los interdictos posesorios, hasta la época relativamente reciente de su intervención creadora (4), infiérese de ahí al pro-

---

(1) La indicación necesaria de esta opinión, véase en mi *Jahrbüchern*. V, 23, pág. 204, nota 2.

(2) He emitido esta opinión en mi libro sobre el *Fundamento de la protección posesoria*, pág. 57, trad. esp. La misma relación entre la protección de la propiedad y la posesoria se ofrece también en el derecho griego. (V. F. Hofmann, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts*, Viena, 1870, pág. 127.) También se encuentra en el procedimiento de libertad en Grecia y en Roma. (V. F. Büchner y E. Zitelmann, *Das Recht von Gortyn*, Francfort, 1885, pág. 84.) La forma de la protección posesoria consistia aqui también en la concesión de *vindiciæ*.

(3) Así lo testifica Gayo, IV, 16: *praetor secundum alterum eorum vindicias dabat id est interim aliquem* POSSESSOREM *constituebat.*

(4) Estimo falsa en absoluto la idea de Nieburh, recientemente recogida por Dernburg, *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts*, Berlin, 1883, y según la cual la protección posesoria se deriva del *ager*

pio tiempo la prioridad de la protección posesoria de las cosas inmuebles con respecto á la de las muebles. *Vindiciæ*, dice Fes-

---

publicus. Se estrella por de pronto contra la redacción misma del *interdictum uti possidetis*: EUM FUNDUM. Quien tenga una idea de la distinción que la terminología romana mantiene entre *ager* y *fundus*, no dudará un momento que el Pretor romano que hubiera designado el *ager publicus* por *fundus*—junto ó separadamente, no importa,—hubiera incurrido en la censura de no saber una palabra de latín. *Ager* designa de un modo absoluto el suelo, no determinado sino mediante adiciones—*publicus*, *privatus*, *vectigalis*, *tributarius*, etc.;—*fundus* es el individuo agrícola formado por la unidad de la explotación: la granja romana; las dos expresiones están en la misma relación que en materia de cosas muebles, en la teoría de la especificación, las de *substantia*, *forma* y *species*. *Ager* designa la sustancia de la cual ha sido tomado el *fundus*; no se hace *fundus* sino por la especificación agrícola, por la unidad de la explotación agrícola.

El Pretor romano hubiera suscitado no pequeña sorpresa, si en el interdicto destinado al *ager* PUBLICUS se hubiera servido de la expresión POSSIDERE, porque la expresión técnica universalmente conocida para el goce del mismo era *frui*. (Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, II, 1, 2.ª edic., p. 431.)

Pero aun prescindiendo de esas objeciones lingüísticas, que á la vista de quien tenga algún conocimiento del lenguaje, imprimen sello de imposibilidad á la idea del destino del *interdictum uti possidetis* al *ager publicus*, ¿qué habría dicho el pueblo romano si el Pretor se hubiese propasado á disponer sobre las relaciones con el *ager publicus*? Los romanos todos, con el Censor al frente, le hubieran dicho: no os mezcléis en cosas que no os atañen; el Censor es quien arrienda el *ager publicus* y á él toca proteger sus colonos; bástale dirigir su mirada á sus libros para acabar desde luego con toda discusión sobre la posesión. Y á este fin, las gentes deberían empezar por procurarse un *judex* para vos mismo, el cual para dictar sentencia se hubiera visto obligado á pedir al Censor la facultad de examinar sus libros. No deberíais, ciertamente, ignorar que, al igual que la administración del patrimonio del Estado, el conocimiento de las dificultades que resulta de esta administración corresponde al Censor. (Mommsen, obra citada, p. 458.) Sólo os toca decidir la contienda sobre la posesión de las *res privatae*; las referentes á las *res publicæ* las decide el Censor.

Con el transcurso del tiempo todo eso se ha modificado; surgió, por de pronto, en el Edicto pretorio, un interdicto particular para el arrendamiento de las tierras públicas, pudiendo nosotros ver en él, como se expresaba en realidad, al Pretor romano. Este interdicto no usaba los términos *fundus* y *possidere*, sino LOCUS *publicus* y *frui*; es el del tít. 43, 9, de las *Pandectas*: *interdictum de* LOCO PUBLICO FRUENDO (D. 43, 9). Una cosa más incomprensible según la idea de Dernburg: ¿qué es lo que podría decidir al Pretor á crear un nuevo interdicto para una relación respecto de la cual él mismo había establecido el *interdictum uti possidetis*? «Sólo cabe que hubiera podido pensar que el antiguo interdicto para la posesión feudal—Dernburg—se había gastado á consecuencia de su uso incesante desde los más remotos tiempos, y convenía refrescarlo.»

Mommsen (obra citada, p. 168), antes de la publicación del libro de Dernburg, ha expresado la idea «de que no hay para qué decir hoy que la *possessio* del derecho privado es totalmente diferente»; opinión que yo admito por entero.

to, *olim dicebantur illæ, quæ* EX FUNDO *sumtæ in jus allatæ erant*: el término *vindiciæ* referíase, pues, á las cosas inmuebles, lo que quiere decir que la concesión de las *vindiciæ* no se aplicaba en un principio más que á esas cosas; su aplicación á las cosas muebles presuponía que se renunciaba para éstas á una imitación del *sumere ex fundo,* inaplicable respecto de las mismas: la noción, no el acto, era lo que se transportaba. La misma conclusión es preciso sacar del pasaje de las XII Tablas, reproducido por Festo en el texto: *si vindiciam falsam tulit...,* FRUCTUS *duplione damnum decidito.* Los frutos indican un inmueble; si la ley se hubiera referido á cosas muebles también, hubiera debido servirse de una expresión que hiciera posible, en cuanto á ellas, la fijación de la pena: nadie sostendrá que ya las XII Tablas empleaban, como los juristas romanos posteriores, la palabra *fructus* para designar *interés.*

La protección de la posesión mediante los interdictos posesorios ha surgido, pues, primero para las cosas inmuebles, no habiéndose aplicado hasta más tarde á las muebles. Lo mismo exactamente pasa con la protección posesoria ejercida por autoridad privada contra el tenedor. En efecto, la tenencia no es otra cosa en la práctica que una forma particular de protección posesoria, para el dueño ó señor de la posesión. El tenedor, como antes decíamos, no tiene sino porque el poseedor posee: no está privado de la protección sino en interés de este último. Protección de la posesión de las cosas *inmuebles*—tal es la idea por la cual se inició entre los romanos el desenvolvimiento de la noción de la posesión.—La prioridad de la aparición de la protección de esas cosas, no es más que la consecuencia natural del mayor interés práctico que las mismas inspiran comparadas con las muebles. ¡Cuán insignificante es, en verdad, el interés de la protección posesoria de las cosas muebles ante el de las inmuebles! Que se pregunte, si no, dónde se manifiesta hoy prácticamente este interés. Jamás he oído hablar de un proceso posesorio sobre cosas muebles, y si poseyéramos una estadística de todos los procesos sobre posesión que entre nosotros se han producido, bajo el imperio del derecho romano, creo que, para cien mil casos relativos á las cosas inmuebles, no habría uno siquiera relativo á las cosas muebles. En Roma

la proporción hubiera también sido la misma, si el *interdictum utrubi* no hubiera extendido la protección posesoria contra los terceros, porque para lo demás, las acciones que el derecho concedía al poseedor: *actio ad exhibendum*, *actio furti*, *condictio furtiva*, ó de una manera más general, la *condictio possessionis ex injusta causa*, bastaban por completo. Cuando este interdicto cesó, prácticamente, de dirigirse contra los terceros, la protección posesoria de las cosas muebles convirtióse en un fantasma, al cual cabe aplicar lo que Justiniano decía del *dominium ex jure Quiritium* en su tiempo: *quod nec unquam videtur nec in rebus apparet—vacuum et superfluum verbum*.

Si la protección posesoria frente á terceros llegó á ser superflua en virtud de las acciones indicadas, también llegó á serlo para el señor ó dueño de la posesión frente al tenedor, en virtud de las acciones contractuales. Jamás he oído citar un caso en que el comodante, el mandante, el arrendador de una cosa mueble, haya intentado una acción posesoria contra quien tiene la cosa suya: para recogerla intenta la acción del contrato, y así, sin remedio, debió ocurrir también en Roma. El *interdictum utrubi* tenía, sin duda, sobre la acción de contrato la ventaja de que autorizaba al dueño á recoger la cosa inmediatamente, por su propia autoridad, mientras que aquélla implicaba un plazo más largo. Pero esta ventaja estaba ampliamente compensada por varios serios inconvenientes. En primer término, era preciso la posesión *majore parte anni* en la persona del demandante. Si no había poseído más que algunas semanas ó algunos meses, bastábale que el demandado hubiera poseído un solo día más para que no obtuviese ningún éxito: el transcurso de medio año desde la conclusión del contrato y la entrega de la cosa, le ponían en situación de no poder ser admitido. Cuando esta condición se negaba, correspondía al demandante probarla, y es casi seguro que los demandantes no dejarían nunca de oponerse á tal condición. Una segunda condición del interdicto era que el demandado debía tener todavía la cosa en sus manos: el *ducere*, de que hablaba el interdicto, no era ejecutable sino estando la cosa aun en su poder; si la había vendido, escondido ó perdido, ó si había perecido, el interdicto no podía triunfar. Por último, en el caso en que el interdicto se lograse, no pro-

curaba al demandante más que la cosa misma, de ningún modo la indemnización por *culpa*, *dolus*, *mora*. Este interdicto, en efecto, no obraba, como todos los otros, sino á partir del momento de su concesión, no siendo objeto del examen del juez la conducta anterior del demandante.

Bajo todos esos aspectos la acción del contrato era preferible al interdicto: hallábase sólo sometida á la prueba de la conclusión del contrato; todo lo demás nada tenía que ver, procurando al demandante una reparación completa.

Podría uno sentirse inclinado hasta creer que el interdicto era completamente supérfluo, aun con el objeto indicado de dar al dueño de la posesión la autorización legal de recoger la cosa por su propia autoridad, porque respecto del tenedor le correspondía esta facultad ya como poseedor. Pero estimo que esto no es exacto. Sin duda tenía tal facultad, pero su ejercicio estaba sometido á la restricción importante de que no podía atentar contra la esfera jurídica del adversario: tratábase de una facultad análoga á las de recoger el agua corriente en un arroyo, cazar, etc.; no se pueden ejercer en suelo ajeno contra la voluntad del propietario. Del propio modo, la facultad de recoger la cosa no podía ejercitarse en la casa del tenedor. Si el poseedor, contra la voluntad de éste, hubiera querido penetrar en su casa, para hacer un registro domiciliario y recoger la cosa á la fuerza, hubiera cometido una violación de domicilio ó el *crimen injuriarum ex lege Cornelia* (1). Quedaba tan sólo el caso excesivamente raro en que el dueño ó señor de la posesión encontrase al tenedor con la cosa en sus manos fuera de su casa; nada le impedía entonces obtenerla por la fuerza. Ahí está precisamente todo el valor del *interdictum utrubi*; por él se procuraba al demandante la autorización oficial para penetrar en la casa del demandado con el objeto de *ducere*, prohibiendo además á éste el uso de su derecho de domicilio—*vim fieri veto*;—de donde resultaba que tal interdicto no era superfluo ni aun para el dueño frente al tenedor. Lo cual no obsta para que sea para él de mínima importancia, según se ha visto, explicándose así

(1) L. 5 pr. *de injur.* (47, 10)... *domumve suam vi introita*...

que nuestras fuentes no lo mencionan—que yo sepa—con semejante aplicación.

Las explicaciones que anteceden acerca del poco interés práctico que la posición jurídica del señor ó dueño de la posesión ofrecía en punto á cosas muebles, no tenían otro objetivo inmediato que el de dar una base á la opinión antes expuesta, de que la noción de tenencia de las cosas inmuebles ha surgido antes de la de las muebles. Pero utilizo el resultado obtenido para otra proposición que, á mi ver, tiene un alto valor, y con la cual sintetizo todo mi juicio acerca de la importancia de la relación de tenencia de las cosas muebles. Es como sigue: la extensión de la noción de la tenencia de las cosas inmuebles, para las cuales tenía una gran importancia práctica, á las muebles, no fué en Roma la consecuencia de un interés práctico, sino la obra exclusiva de la lógica jurídica, que no podía menos de aplicar una noción una vez admitida, aun cuando no tuviera interés práctico:—en suma, fué debida á la *fuerza de la doctrina.*

Las nociones jurídicas, al igual que las reglas de derecho, no alcanzan su fin, en la situación á que inmediatamente se destinan, sino á condición de permitir las consecuencias que inevitablemente entrañan para otras situaciones. Así ocurre que la regla de que el poseedor, como tal, debe gozar de la protección del derecho, implica la protección posesoria de los ladrones y bandidos. Su propia fuerza les lleva de ese modo hacia regiones donde no ejercen ya función práctica alguna: son como las cimas más elevadas del árbol, que sostiene hojas, pero no frutos. La doctrina no puede sustraerse á la necesidad de proseguir las nociones hasta en sus extremidades y ramificaciones más finas. Ocurre á menudo descubrir, en esas regiones no prácticas, ideas muy fecundas para la concepción exacta de las nociones, y por lo mismo, para su empleo práctico (1). El examen de semejantes cuestiones, puramente académicas, puede tener también su utilidad para la enseñanza (2). Los ju-

(1) Véase mi *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, 3.ª edic., p. 335.

(2) Este fin lo he perseguido en mi trabajo, exclusivamente dedicado á la enseñanza: *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens.*

ristas romanos suscitan también á veces cuestiones que la vida jamás les ha puesto, como, por ejemplo, sobre la *insula in mari nata*, el legado de un *fructus deducto uso*, ó la *ademtio* del *usus* ó del *fructus* en el *usus fructus* legado, ó bien se proponen supuestos que no pueden darse—¡son al fin verdaderos ejercicios gimnásticos dialécticos, destinados á poner á prueba la habilidad de profesores y discípulos!—Una verdadera curiosidad en este género nos la ofrece la L. 55 de A. R. D. (41,1). Trátase de una historia de caza jurídica que hubiera honrado al difunto Barón de Münchausen: el caso á que esta historia se refiere es el de haber dejado escapar, por torpeza, un jabalí del lazo tendido por otra persona, y se quiere saber qué acción puede aplicarse. Se podría además preguntar si hay *furtum* ó *damnum injuria datum*, ó ambas cosas, cuando se corta la crin del león ajeno. ¿Quién se atreverá? Sin duda, los jabalíes de Roma han debido ser bestias muy mansas, cuando se ha ocurrido la idea de someterlos á semejantes experiencias.

Y he ahí, cómo por la fuerza de la dialéctica, las doctrinas se lanzan á las regiones lejanas de la vida práctica, á las regiones puramente *lógicas* ó *académicas* de las nociones jurídicas. Por ello la doctrina ha merecido de parte de los juristas prácticos la censura de entregarse á vanos juegos de imaginación. Y si no saben sacar nada útil de esas regiones, si se trata tan sólo de un recreo del pensamiento lógico, en el ejercicio de sagacidad á que la doctrina se entrega, no puedo por mi parte conceder á esas investigaciones otro valor que el de meros juegos dialécticos, que pueden á lo sumo ofrecer interés á aquellos que gusten entretenerse de ese modo, mientras que cuantos estiman que la ciencia tiene por destino servir á la vida, no podrán menos de experimentar profunda pena al ver tan inútilmente derrochada una fuerza intelectual que reclamaba mejor empleo.

La tenencia de las cosas muebles pertenece, en mi concepto, á esas regiones puramente teóricas, esto es, sin interés práctico. La noción de la tenencia ha sido aplicada, no *por ellas*, sino por *ella misma;* exigida, no por la contextura racional de la relación, sino tan sólo por la lógica de la noción. Si la *locatio conductio* de las cosas inmuebles implicaba la tenencia,

¿cómo se podía admitir la posesión para las cosas muebles? Era imposible que la diferencia de objeto de la *locatio*, casa, habitación, esclavo ó caballo, fuese la base de una distinción. Y cuando aquel que había tomado en préstamo por dinero una cosa mueble obtenía la pertenencia, ¿cómo se podía conceder la posesión al que la obtenía gratuitamente: al comodatario? Si no se le concedía á éste, ¿cómo concedérsela al depositario? Lo uno implica necesariamente lo otro. Según esto, es la fuerza lógica de la noción jurídica establecida, la *fuerza del concepto*, la que ha determinado la extensión de la noción de tenencia de las cosas inmuebles á las muebles. Prescindiendo de ella, y admitiendo que la noción de tenencia hubiera sido absolutamente desconocida de los romanos, quisiera yo saber cómo hubiera podido llegar hasta las cosas muebles. No la reclamaba el interés práctico: ya queda esto bien sentado. Prácticamente, es indiferente en absoluto para la posesión jurídica del dueño ó señor de la posesión, que se conceda á las personas designadas la posesión ó la tenencia, desde el momento en que, en el primer caso, esta posesión derivada le sirva para usucapir, como la del acreedor con prenda según el derecho romano. La tenencia de las cosas muebles es una de las institucions jurídicas más insignificantes entre todas: tiene tan sólo una existencia académica: el legislador puede abolirla—supuesta la existencia de la disposición indicada sobre la usucapión—sin cambiar por ello en nada la situación jurídica existente. Mas adelante se verá lo que vale el motivo teórico, la falta del *animus domini*, mediante el cual la teoría subjetiva cree probar la necesidad de la tenencia. Como no cabe encontrar otro fundamento que *originariamente* haya podido dar vida á la tenencia para las cosas muebles, sólo queda el camino admitido por mí del nacimiento *secundario*, esto es, del transporte. Obsérvase ahí la misma marcha que respecto de las cosas inmuebles. En éstas también, como antes hemos demostrado, la noción de tenencia no ha surgido originariamente, sino que se tomó de la casa romana: la diferencia entre las dos marchas consiste tan sólo en que para las inmuebles el interés práctico fué el que determinó el transporte, mientras que para las muebles fué el *doctrinal* y *jurídico formal*. La primera extensión corresponde al aldeano

romano, al hombre común, que sabía muy bien el interés que para él tenía el que sus colonos, sus inquilinos, fuesen considerados como poseedores ó como meros tenedores del género de los hijos; la segunda fué obra de los juristas. La tenencia de las cosas inmuebles es una idea del *pueblo romano*, un producto inmediato de la *vida*: la de las muebles es un resultado del *pensamiento jurídico específico*, un *producto del arte* jurídico.

Manifiéstase ya como tal, por la extraordinaria separación que existe entre la forma jurídica de la relación y su aspecto natural. El tenedor tiene la cosa mueble en sus manos y *no* posee: el dueño ó señor de la posesión *(Besitzherr)* no tiene en sus manos la cosa y *posee*. Para las cosas inmuebles esta separación es menor. Cuando un fundo se arrienda, es otro quien lo trabaja y cultiva; pero el acceso á ese fundo, y por tanto, la posibilidad de tenerlo á la vista, y si hace falta, recuperarlo, no se quita por eso al dueño: su relación *psíquica* con la cosa es la misma que la del colono. Pasa lo mismo en el alquiler parcial de una casa, que es la forma más primitiva del alquiler: siendo en el alquiler de una casa entera donde únicamente el inquilino puede de hecho excluir al arrendador de la casa. Respecto de las cosas muebles, por el contrario, la posesión pasa de hecho al que las ha recibido; la cosa se sustrae por entero de la esfera de acción del poder del que la ha dado: la posesión atribuída á este último no tiene el más ligero punto de apoyo en las circunstancias exteriores: su apoyo está en la representación ideal; únicamente la abstracción jurídica—contradiciendo la realidad de hecho—le da vida. Ya queda dicho la madurez de pensamiento jurídico que ésta pide.

El resultado de cuanto va expuesto puede resumirse, en pocas palabras, de este modo: la relación de tenencia de las cosas muebles es una institución jurídica sin importancia práctica apenas, que debe su origen exclusivamente al pensamiento jurídico, y que, históricamente, no podía surgir sino luego que, de una parte, la tenencia de las cosas inmuebles hubo logrado su formación y desenvolvimiento definitivos, y de otra, la doctrina de los juristas alcanzó la fuerza de abstracción necesaria para definir la relación sobre las cosas muebles, según una noción que estaba en contradicción abierta con su exterior natural.

En lo que precede hemos logrado conocer tres fases del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia: *la primera*, sus comienzos en la casa romana; *la segunda*, su separación de la casa romana, y su traspaso á las relaciones fuera de la casa romana, y ante todo á las relativas al suelo; *la tercera*, su traspaso á las cosas muebles. En la primera fase fué producida por la *constitución de la casa romana;* en la segunda, por el *interés práctico*, y en la tercera, fué la consecuencia del *pensamiento jurídico*.

Pero no termina aquí la historia de la noción de la tenencia: quedan todavía las dos formas de aplicación producidas por el derecho nuevo. Una de ellas consistía en su adaptación al *fin de la representación*, y la otra en su combinación con el *jus in re*.

El fin de la representación.—Mediante las personas sometidas á su potestad, el jefe de familia podía, no sólo continuar y mantener, sino también *adquirir* la posesión. En la aplicación de la noción de tenencia á la relación posesoria entre personas libres, sólo se conservaba el primer elemento; á la del segundo oponíase el principio de la inadmisibilidad de la representación (1), el cual no se exceptuaba ni aun en favor de la posesión, lo que prueba que ya en la época antigua se tenía en cuenta su naturaleza de *relación jurídica* sobre la cosa. Se mantuvo esta regla hasta en el segundo siglo del Imperio (2). Al principio de ese siglo prepárase una evolución (3), que aun no había alcanzado su término á la mitad de dicho siglo, porque Gayo señala como una cuestión dudosa la de la adquisición de la posesión por los representantes (4). Según

(1) Más arriba queda indicado el punto de vista decidido para esta distinción.

(2) Según Savigny (loc. cit., p. 313), Labeón debió reconocer ya la adquisición de la posesión por representante en la L. 51 *h. t.* En las palabras *custodiam ponere* de su texto, cree ver un hecho del comprador *ausente* que envía un intermediario para cuidar de las leñas hasta que hayan sido recogidas; pero ese texto no favorece en nada la admisión de esta hipótesis, estando contradicha por el testimonio de los juristas posteriores.

(3) Neracio, en la L. 41 *de usurp.* (41, 3): *quamvis per procuratorem apisci nos* JAM FERE *conveniat*. Lo mismo era para la admisión de la representación, L. 13 pr. *de A. D. R.* (41, 1.º), y Celso también en la L. 18 pr. *h. t.*

(4) Gayo, II, 95, *tantum de possessione quaeritur, an per procuratorem* (según **Studemund, se equivoca Huschke al leer** *personam liberam) nobis acquiretur*.

el testimonio de Ulpiano y de las *Institutas* (1), la cuestión no fué zanjada sino por una constitución de Severo. Pero el rescripto de este Emperador, que nos ha sido conservado en el Código (L. 1, Cód. *h. t.* 7, 32), demuestra que la regla se admitía prácticamente ya en esta época *(predem reseptum est)*.

La noción de tenencia adquirió de este modo fuera de la casa romana una aplicación que había tenido siempre dentro. Este último esfuerzo desenvolvió por entero el germen que en todo tiempo había contenido, y el cual había hecho producir todos los efectos de que era susceptible. La admisión de la representación en la adquisición de la posesión constituye el último paso del progreso histórico de la tenencia. Por tal modo logrose para las relaciones de la vida la misma ilimitada aplicabilidad que siempre había tenido en la casa romana, convirtiéndose así en una forma jurídica que se aplicaba por igual á la adquisición y á la conservación de la posesión.

Combinación de la tenencia con el «jus in re».—Mientras los romanos conceden en materia de prenda y de enfiteusis la *corporalis possessio*, en cambio conceden la *juris* POSSESSIO para las servidumbres personales y para las *superficies*, lo cual quiere decir que extienden la protección posesoria á una relación de tenencia en otros dos casos. Prescindiremos por el momento de la cuestión relativa á si para la última esta protección era absoluta ó estaba sometida á condiciones (V. luego cap. XVII). Esta elevación de la tenencia á relación de posesión de derecho, ¿fué precedida ó seguida de la admisión de la representación para adquirir la posesión? No me lanzaré siquiera á conjeturar sobre este punto: lo que puede decirse es que, de todas suertes, señala en la historia interna del desenvolvimiento de la noción de tenencia la fase más elevada que jamás ha alcanzado, y que podía alcanzar. Antes de eso se mantenía aun

---

Según Savigny (p. 313, nota 1.ª), no debe «el texto tener aquí ningún valor, porque no lo poseemos entero». El manuscrito de Studemund ha probado que este aserto no tiene fundamento, en el cual Savigny ha olvidado además el § 90, y que Gayo considera como discutido el punto referente á saber si se puede adquirir la posesión por las personas *in manu mancipiove*: «*quia ipsas non possidemus*».

(1) L. 11, § 6, *de pign. act.* (13, 7); CONSTITUTUM *est ab imperatore nostro*, § 53, *per quas pers* (2, 9)... *secundum* DIVI SEVERI CONSTITUTIONEM.

en el límite que resultaba trazado por su distinción con la posesión; entonces franqueaba este límite, por cuanto admitía en sí bajo la forma de posesión de un derecho, el elemento de la protección posesoria, que hasta allí la diferenciaba de la posesión. Sea cual fuere la habilidad desplegada por la jurisprudencia para explicar y hacer comprender la situación, llamando en su auxilio la noción de la *juris possessio*, en rigor el derecho prescindía de dos reglas de la doctrina de la posesión: la *una*, la de que el tenedor no goza de la protección posesoria, y la *otra*, la de que la *compossessio plurium in solidum* es imposible. El usufructuario es un mero tenedor: sin embargo, se le protege, y de ese modo *prácticamente* resulta un poseedor, al igual que el colono y el inquilino resultan los poseedores en más de una legislación actual. Pero hay otro al lado de él, el propietario, que también es un protegido posesoriamente, consistiendo en esto el abandono de la segunda regla indicada: *prácticamente* tenemos aquí una *compossessio plurium in solidum*. Manifiéstase de un modo claro en la relación respecto de terceros: el usufructuario es protegido, como todo poseedor real, contra la desposesión y contra las perturbaciones de la posesión. Sólo en la relación de las dos personas entre sí es donde su coposesión experimenta una modificación, que es el resultado del contenido de su derecho respectivo: sus esferas de posesión resultan separadas del propio modo que sus esferas de derecho.

En ambos respectos, la contradicción con los principios anteriores, fué salvada mediante la creación de la noción de la *juris possessio*. Y fué esto, en verdad, uno de los artificios técnicos más felices de la jurisprudencia romana. Por él se pudo armonizar con la teoría posesoria anterior una novedad que, por su forma exterior brutal, no podía armonizarse con ella. Lección esta que debe tenerse muy presente por todos los juristas de hoy, que creen poder oponer el fantasma de la imposibilidad jurídica, contra toda innovación exigida por motivos prácticos. Si, no obstante, prescindimos de esta forma jurídica y examinamos exclusivamente el aspecto práctico de la relación, podemos decir: en la *juris possessio*, la noción de la tenencia se ingiere en el dominio de la posesión. La concesión de la representación le había hecho alcanzar el punto extremo

de que no podía pasar sin salir de sus dominios. En la *juris possessio* franquea sus límites y penetra por los de la posesión; la línea de separación se pierde, y la tenencia se hace posesión.

Esta última etapa de la noción de tenencia se enlaza con sus primeros orígenes históricos: se realiza en el mismo terreno en que comenzara su existencia: en el de la casa romana. Aun cuando no haya ningún testimonio histórico que me diga si son las servidumbres personales ó la superficie quienes primero participaron de la protección cuasiposesoria, no debemos vacilar por motivos intrínsecos en declararnos en favor de la primera. La necesidad de esta protección era infinitamente más urgente que en la superficie. La palabra *frumini* (1), del *interdictum de superficiebus,* me parece que hasta indica una copia del interdicto ya antes concedido en los mismos términos al usufructuario (2). Una vez admitida la prioridad de la protección cuasiposesoria para las servidumbres personales, ese caso de aplicación de esta protección nos lleva á la casa romana, porque la forma originaria y regular bajo la cual esas servidumbres se presentaban en Roma, era el legado á la viuda. El usufructo conserva esta estrecha relación con la casa, aun en los tiempos posteriores—*usufructus legalis* del padre sobre los bienes adventicios de los hijos: del esposo inocente, en el divorcio: del esposo en segundas nupcias,—reproduciéndose hasta en el mismo derecho actual para el *ususfructus maritalis.* Es evidente que no puede ser esto cosa de mero azar, no siendo difícil descubrir la base sobre que se funda este íntimo lazo del usufructo con la familia. Es de naturaleza moral: el deber moral, fundado en el lazo de familia, de cuidar por los suyos. La restricción que entraña el usufructo, la concesión *de por vida,* responde á la consideración de que los intereses de *ciertos* padres —los cuales no tienen esperanzas de tener hijos—están así suficientemente atendidos, mientras que los de aquellos que tienen una descendencia en perspectiva reclaman una satisfac-

(1) La palabra *utemini,* que Lenel, en *Das Edictum perpetuum* (p. 381), admite en la fórmula, no se encuentra en el Florentino.

(2) Este interdicto aplicábase también al *uti* del usuario (Vat. fr., § 90). Se concedía igualmente la protección cuasiposesoria, *ad exemplum* de este interdicto, en los casos en que no había *usufructus.* V. L. 27, *de don.* (39, 5).

ción más duradera. En esta consideración descansan los dos casos de aplicación del usufructo, únicos que en la práctica tienen importancia: el testamentario y el legal. La concesión por contrato del usufructo á terceros, extraños á la familia, no tiene importancia para la vida: es una de esas ramas extremas antes indicadas, una de esas ramificaciones últimas de las nociones en las esferas no prácticas. En el terreno de las relaciones de negocios, el usufructo no hubiese podido nacer: no lo exigía su criterio. La familia es su patria, así como el lugar propio de su aparición. Su domicilio es la casa: no lo deja jamás para lanzar á la calle. Su emancipación de la casa no existe más que en los tratados, no en la realidad. Está en la misma línea que la acción posesoria para las cosas muebles y que el caso aquel del jabalí: se podría premiar á quien descubriese un verdadero caso real.

He aquí nuestra conclusión: la combinación de la noción de tenencia con la *juris possessio*, en las servidumbres personales, corresponde á la casa romana. Por segunda vez, la casa romana da á luz una de las nociones más importantes de la teoría romana sobre la posesión: primero la noción de la tenencia, luego la de la posesión de los derechos; recibe siempre el impulso, no de las especulaciones doctrinales, sino de motivos *prácticos* serios. La casa romana abarca el *punto de partida* y el *punto de llegada* del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia.

La historia de la tenencia termina, pues, por la consignación de la importancia eminente de la casa romana para el desenvolvimiento de la teoría posesoria romana. En la casa romana es donde por primera vez se ha manifestado la distinción entre *civilis* y *naturalis possessio* á la conciencia de los ro·romanos: allí, en la tenencia doméstica, es donde han buscado su modelo para la tenencia contractual; allí es también de donde han tomado la distinción entre *corporis* y *juris possessio*. Sin la casa romana la posesión hubiera revestido una forma diferente. De todas suertes, creo haber sentado que la casa romana contiene la clave para la inteligencia de la doctrina posesoria romana.

Un fenómeno más, que todavía nos ofrece aquélla, al fin

del desenvolvimiento histórico de la doctrina posesoria, es la revolución completa realizada en la situación de los hijos desde el punto de vista de la posesión. Con la facultad de ser propietarios, obtenida poco á poco en una medida cada vez mayor, se les concediera también la facultad de poseer: prueba esto de que los romanos sabían apreciar exactamente las consecuencias que, según mi teoría, encierra la noción de propiedad. La patria potestad no era á sus ojos un obstáculo para la voluntad de poseer en la persona del hijo: no atendían á la voluntad, sino á la propiedad, y, por eso, con ésta concedieron al mismo tiempo la posesión al hijo de familia. Ahora bien: el derecho del padre sobre los *bona adventitia* se consideraba como un usufructo legal. De donde resulta lo contrario directamente de la posesión doméstica originaria: ¡el hijo *posee*, el padre *tiene!* El desenvolvimiento llega así á una revolución completa de la relación primitiva. La casa romana es una estancia, en la cual, la posesión no alcanza un momento de reposo.

Voy, para terminar, á reproducir en breve bosquejo la historia de la noción de tenencia aquí descrita:

I. La casa romana es el lugar originario de la aparición *de hecho* de la distinción entre posesión y tenencia, y el sitio donde por primera vez fué *conocida*.

II. Separación de la noción de tenencia de la casa romana y extensión de uno de sus lados: la *continuación de la posesión* para el dueño ó señor de ella, á la relación contractual:

1. Para las cosas *inmuebles*—interés *práctico*:
   a) concesión *parcial* de las mismas á los colonos y á los inquilinos.
   b) abandono *total*.
2. Para las cosas *muebles*—*fuerza de la noción*.

III. Separación del *segundo* lado de la relación de tenencia doméstica: *adquisición* de la posesión.—Admisión de la representación por medio de personas libres.

IV. Combinación de la *noción de tenencia* con la de *posesión;* el punto de unión: la *juris possessio*.

V. Traspaso de la posesión á los hijos de familia.

Y doy por terminada la tarea que me había propuesto. Resumiendo en breves términos los resultados de la exposición hecha del desenvolvimiento histórico de la noción de tenencia entre los romanos, diría que consisten *negativamente* en lo siguiente: la idea de que los romanos han tomado la distinción entre la posesión y la tenencia de la consideración de la *dualidad de la voluntad de poseer*, según piensa la teoría subjetiva que debió de ser, es *absolutamente insostenible* (VII): en rigor, en la casa romana es donde por primera vez, y *perfectamente independiente de la calificación de la voluntad de poseer,* tal distinción se produjo. En parte alguna nos ha presentado nuestro examen una voluntad de poseer distinta para el tenedor y para el poseedor. No fué el elemento *subjetivo* de la voluntad, sino los motivos objetivos, el *interés práctico*, el *técnico* y el *jurídico*, los que han efectuado el desenvolvimiento completo de la noción de tenencia.

IX

La prueba del procedimiento.

Olvidemos cuanto venimos diciendo acerca de los motivos prácticos que han determinado la separación de la noción de tenencia de la casa romana y su aplicación á la vida de los negocios; volvamos á la teoría subjetiva con una plena confianza y una fe inquebrantable en su exactitud. La voluntad de poseer es la que inclina la balanza: con este axioma por delante, abordemos las explicaciones siguientes.

Trátase, como ya hemos visto, de examinar la teoría subjetiva en el respecto *práctico*, ó lo que es lo mismo, se trata de considerarla *procesal* y *legislativamente*. La teoría subjetiva va á comparecer sucesivamente ante el *juez* y ante el *legislador:* ante el primero, para mostrarnos si y hasta dónde responde á las condiciones impuestas por el fin de la aplicación del derecho á los casos particulares; condiciones puramente *formales*, consistentes en la aplicabilidad fácil, cómoda, segura, ó, como ya dije en otro sitio, en la *practicabilidad* del derecho (1): ante el segundo, para mostrarnos cuál es en el fondo su utilidad, si los principios que sienta y las consecuencias que entraña, aun sin darse cuenta, pueden justificarse desde el punto de vista jurídico-legislativo.

Comenzaremos por el examen de la prueba procesal.

La protección jurídica concedida por el juez tiene por con-

(1) Véase á este propósito mi *Esp. del D. R.*, v. I, p. 51; v. III, p. 328.

dición la prueba de la existencia de las condiciones legales, á las cuales la somete el derecho. La prueba es el precio por el cual el juez concede esta protección, y que deben pagar todos los que le interrogan. De la cuestión de la prueba depende en la práctica el mantenimiento del derecho discutido.

Dos elementos se deben considerar para la eficacia de la prueba. El uno es de naturaleza *concreta:* incumbre á la *parte:* posesión de los *medios* de prueba necesarios; el otro es de naturaleza *abstracta:* incumbe al *legislador:* la posición tomada por él en lo que en breves términos llamaré *el problema de la prueba*. Dos tareas le competen en esta materia: la una corresponde al *procedimiento*, y consiste en el establecimiento de las reglas generales del procedimiento que regirán la prueba: una *teoría de la prueba;* la otra refiérese al *derecho privado*, y tiene por objeto el examen de la cuestión de la prueba en la determinación de las reglas *jurídicas materiales*. No tenemos que ocuparnos aquí más que en este último aspecto de la cuestión.

Si no desempeña bien su tarea, el legislador puede rodear la prueba de dificultades tales, que equivalgan prácticamente á la ausencia de toda protección jurídica. Si el usucapiente ha de probar completamente las condiciones legales de la usucapión, deberá sentar, no sólo todas las condiciones positivas de ésta —la posesión y el título,—sino también la negativa; esto es, que no está *in mala fide*, que la cosa no es de aquellas que no pueden usucapirse, que su posesión no ha sido jamás interrumpida. La usucapión perdería de este modo casi todo su valor para las cosas muebles, y el legislador vendría á tomar con una mano lo que hubiere dado con la otra.

La solución exacta de la cuestión de la prueba debe, pues, ser una preocupación capital para el legislador en todas las reglas del derecho que formule. Debe resolverlas de modo que no imponga á la parte una prueba demasiado difícil y permita al Juez aplicar tales reglas sin indagaciones penosas ni pérdida de tiempo. Si falta á ese deber, rodeará por sí mismo de obstáculos la realización del fin que se ha asignado: se parecerá al constructor de una máquina que consumiese por sí misma, por el roce, la fuerza producida. Tal máquina no es práctica y es necesario calificar de la misma manera las reglas de dere-

cho que exigen del Juez y de la parte un gasto de fuerza desproporcionado con el resultado perseguido. La mecánica jurídica está sometida á la misma ley que las otras: *reducción hasta donde sea posible de toda pérdida de fuerza por rozamiento.*

Tres caminos se abren al legislador para el logro de estos resultados.

El *uno* consiste en dar á su pensamiento, y que como tal no se presta á la aplicación, una forma que la haga posible. Supongamos que su intención sea enlazar el derecho electoral activo y pasivo con la madurez de juicio ó de inteligencia política. Claro está que una ley concebida en esos términos no puede ejecutarse, pues impondría á las autoridades encargadas de ello trabajos indecibles y provocaría las decisiones más extrañas, resultando, en virtud del diverso criterio de las diferentes autoridades, una aplicación desigual. El camino que aquí debe seguir el legislador está perfectamente trazado: las legislaciones todas lo han reconocido: si se hace la enumeración nominativa de las clases de la población, cuya inteligencia no puede ponerse en duda, de hecho, la noción indeterminada de inteligencia se reemplaza así por categorías fáciles de reconocer, ya que, sobre poco más ó menos, implican tal noción, tales como la posesión de un cierto matrimonio, cierto grado de instrucción, etc. Sin duda, la idea del legislador no se encuentra allí plenamente realizada; es muy posible que entre todas esas categorías haya individuos en los cuales resulte la hipótesis desmentida; pero la renuncia á la plena concordia entre la idea y el hecho, es la condición indispensable de su utilidad práctica: lo que sacrifica la idea en tal respecto está bien compensado por lo que gana en otro. El legislador no puede expresar los pensamientos de la misma manera que el filósofo: la corrección de la forma se mide de un modo diferente para cada uno de ellos. *Aliter*—dice Cicerón (*de offic.*, III, 17)—*leges, aliter philosophi tollunt astutias, leges, quatenus* MANU TENERE *possunt, philosophi, quatenus* RATIONE *et* INTELLIGENTIA.

La aplicación aproximada de la idea que ha concebido: tal es la tarea que impone al *legislador* el principio de la practicabilidad del derecho, donde quiera que esta idea se resiste á las condiciones de una aplicación práctica. De la *aproxima-*

ción he hecho yo el punto de mira que debe dirigirla: debe tomar la idea hasta donde sea *posible*. Esta es la situación del matemático frente á la cuadratura del círculo: el problema, como tal, es insoluble; pero implica una solución cuando menos aproximada, siendo tal solución la que uno y otro deben perseguir (1). La cuestión que debe proponerse el legislador es la de saber cuáles son las categorías con las que la X que quiera lograr pueda ser reemplazada: *a, b, c, d*, ó *b, c, d, e*, ¿concuerdan regularmente, de hecho, en la vida, con X? La cuestión está reducida á un cálculo de estadística. Si la *a* no concuerda con X sino en 20 ó 30 casos de 100, es evidente que 70 ú 80 no concordarán. Debe, pues, rechazarse tal categoría, pues de admitirla se vería comprometido el fin del legislador. Si por el contrario, la *b* concuerda con X en 70 ú 80 casos de 100, será útil prescindir de los 20 ó 30 en que no hay tal concordia, porque para el fin perseguido siempre queda un exceso de 40 ó 60 casos.

Lo que yo digo aquí no es nuevo: los juristas romanos (2) lo han pensado y dicho antes que yo, bien que con relación á otro orden de ideas. Limítome en este caso á dar á su pensamiento una forma más precisa y tangible.

Para juzgar si el legislador ha llegado aproximadamente á *x*, debemos saber en qué consiste ésta. La ley puede á este propósito darnos los datos, y esto de dos maneras: ó bien indica abiertamente *x* como el motivo de sus disposiciones especiales, ó bien la traduce bajo forma de regla de derecho, á lo cual añade: serán considerados como *x* las categorías *a, b, c, d*,

---

(1) Sólo para evitar la censura de ser incompleto, haré notar que el legislador puede también combinar con el método *aproximativo—abstracto*—el *individualizante*,—mediante la libre apreciación del Juez, alcanzando así una exactitud completa. El derecho romano nos da un ejemplo en la fijación de las diversas edades; contiene la combinación de ambos métodos, esto es, edades *fijas, abstractas* (siete, doce, catorce, veinticinco años) con edades *movibles*, determinadas *individualmente (infantiae, pubertati proximi, venia aetatis)*. No teniendo esta forma interés aquí, prescindo de dar más explicaciones.

(2) Pomponio, en la L. 3 *de leg.* (3-3): *Jura constituit oportet ut dixit Theophrastus, quæ* επὶτὸ πλεῖστον *accidunt, non, quæ* εκπ ρα λυγου. Celso, en la L. 4-5: *Ex his, quæ forte uno aliquo cam accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad ea potius debet aptari jus, quæ et frequentes et facile, quam quæ per raro accidunti.*

formulando así lo que se llama *præsumptiones juris et de jure*.

Cuando el legislador, caso más frecuente, no ha dado á conocer por sí mismo su x, compete á la ciencia investigarla en los datos ofrecidos por la ley. Este camino ha sido constantemente seguido por la jurisprudencia para ampliar por vía de analogía el alcance demasiado limitado que normalmente tienen las ideas legislativas á primera vista. A, b, c, le hacen encontrar x, y ésta, á su vez, le indica d, e, f. Si se permite una comparación, diré que no se mueve en línea recta, como erróneamente suele admitirse, yendo de lo conocido á lo desconocido, sino que, conscientemente ó no, lo cual no importa, da ese rodeo por el principio, por x, y va primero de abajo arriba, de a, b, c, á x, y luego de arriba abajo, de x á d, e, f.

La ciencia no posee nombre para este procedimiento legislativo particular, lo cual es una laguna muy de sentir de la terminología, tanto más extraña, cuanto que no se trata de un caso aislado y sin importancia, sino de un fenómeno que se reproduce en todos los derechos, en todas las fases del derecho, y que encierra una de las operaciones fundamentales de la técnica legislativa. Verdad que la teoría de esta técnica está aún por escribir. De hecho se la aplica constantemente; pero nuestra doctrina tiene por principio el fijarse poco en el lado legislativo del derecho, lo que ha demostrado no deteniendo su atención en la técnica del legislador. En vano he hecho numerosos esfuerzos para encontrar el nombre exacto de esta institución por la que el legislador da la forma practicable del derecho, en vez de la impracticable. No he encontrado otro nombre que el de *método por aproximación (Approximationsmethode)*, que tiene el defecto de no presentar más que uno de los lados de la situación, la falta de concordancia absoluta, omitiendo el elemento quizá más importante de lo manejable de la forma, del *manu tenere* de Cicerón, que permite llegar á la practicabilidad. Este segundo lado se presentará mejor bajo la expresión de *método de sustitución (Surrogationsmethode)*, y así, mientras no se encuentre otro término mejor, recorreremos los aspectos del problema, bajo la designación de *método de sustitución aproximativa (Approximations-Surrogationsmethode)*.

El legislador, en el caso que acabamos de examinar, satis-

face las necesidades de la practicabilidad del derecho, prescindiendo de una parte del fin: x, que persigue. La misma idea del abandono de éste es la base de los otros dos medios que le quedan para satisfacer esas necesidades, salvo que el abandono no recae aquí sobre la cosa misma, sino sobre la *prueba*. El legislador indica alguna cosa de ésta que el demandante debería procurar. Consistiendo las condiciones del derecho en m, n, o, p, el demandante debería probar la existencia de todas. El legislador no lo exige en ciertos casos. Ha descargado al demandante de la prueba de algunas de ellas, imponiendo al demandado la prueba de que no existen. Al efecto puede seguir dos caminos. Uno de ellos consiste en establecer para este caso una *regla de prueba:* la *presunción* (por procedimiento); en adelante designaremos este elemento como p (= presunción). El otro consiste en dividir las pruebas legales en una parte *positiva*, cuya prueba incumbe al demandante y en otra *negativa* ($-$ n) á cargo del demandado, la cual se refiere al elemento material del derecho. A menudo se confunden estas dos formas entre sí, hablando en ambos casos de presunciones. En realidad son diferentes, y la fórmula que va á continuación lo hará ver claro. En el caso de presunción, las condiciones positivas son: $m + n + o + p$; en los demás casos son: $m + o + p - n$. En el primero el demandante *deberá* el elemento p, pero la ley lo da como existente hasta prueba en contrario: en el segundo no tiene *necesidad* de probar n en sí; ésta no forma parte de las condiciones legales de su derecho; así no tiene para qué mentarla en la acción: n la introduce en el proceso el demandado; sin eso, en rigor, el demandante hubiera vencido p, como las otras tres condiciones.

Para que esta distinción se vea y para probar su exactitud, nos serviremos de los ejemplos siguientes.

Los juristas romanos exigen para la validez del préstamo la propiedad en la persona del que presta (1). El sentido de esta regla lo he explicado en otro sitio (2). Tratábase de pro-

(1) L. 2, § 4 de Reb. cred. (12 1): *Jus mutui datione oportet dominum esse dantem.*

(2) *Esp. del D. R.* t. IV, p. 76. *Fundamento de la protección posesoria.*

porcionar al *accipiens* una defensa en forma de excepción *ipso jure* para en el caso de que el objeto del préstamo le hubiese sido arrebatado por el verdadero propietario. No ha habido préstamo, dice; el dinero no ha entrado en mi patrimonio. Ahora bien: es incuestionable que esa es una condición positiva, y dado esto, según las reglas generales de la prueba, corresponde al demandante formular la existencia. Inútil es advertir que la acción del préstamo podía de este modo resultar ilusoria frente á un demandado de mala fe; porque, ¿cuál es el prestador que podrá mostrar que las circunstancias que habrían *podido* excluir su derecho de propiedad sobre las monedas prestadas (1) no han existido en realidad, ó que las ha confundido con las suyas? El demandante se ve aliviado del peso de esta prueba imposible por una presunción. La condición de la propiedad está á cubierto por una presunción procesal, que es igual á *p*.

Lo mismo ocurre con la prueba de la filiación. Estrictamente hablando, el hijo á quien se niega ésta debería probar que ha sido engendrado de tal padre dado: un imposible. De esta prueba le libra una presunción: *pater est, quem nuptiæ demonstrant*. También aquí se trata de un elemento *positivo* de las condiciones legales, que evita la necesidad de la prueba, y que implica la existencia de una presunción indubitable.

La cosa pasa muy de otro modo con relación á los obstáculos de la usucapión (2), á los cuales es necesario asimilar, en este respecto, los de la prescripción de las acciones. Sin duda, desde el punto de vista práctico, es indiferente en absoluto

---

(1) Ejemplos tomados en las fuentes: Dinero dado por un esposo, L. 39 de don., i V. (24-1). Dinero depositado, l. 8, Cód. Dep. (4-34); pagos nulos de personas bajo potestad ó tutela, L. 11, § 2 de Reb. cred. (12-1). L. 67 de I. Dot. (23-3), L. 3, § 2, ad SC. Mac. (14-6). Dinero robado, L. 3, § 9 de statut. (40-7). Privilegio del Fisco, L. 18, § 10, L. 21, de J. fisci (49-14).

(2) También se debe comprender aquí la naturaleza no susceptible de usucapión de la cosa, y la interrupción de la prescripción. Por mi parte, coloco ahí también la condición de la *bona fides* expresada por los romanos bajo forma positiva; le doy la forma negativa de la falta de *mala fides*. Por esta forma se ha decidido el proyecto de Código civil alemán, § 881, que se acaba de publicar. Esta diferencia no tiene importancia para las explicaciones dadas arriba. El lector debe fijarse en los dos obstáculos de la usucapión indicados.

que en esos casos se diga: su no existencia se presume, pero eso no es lógicamente correcto. Si nada se opone en mi camino, nada tengo que apartar de él, y esta proposición verdadera para toda situación, lo es también *en el procedimiento*, con relación á los obstáculos que pueden oponerse al demandante. Mientras eso no se verifique, tales obstáculos no existen para él; son meras posibilidades abstractas de que no tiene por qué preocuparse. Pero si se lo ponen, no puede ser si no á cargo del demandado, que sostiene su existencia concreta, y que debe probar su aserto, siendo de su incumbencia tal prueba, porque las condiciones de la usucapión y de la prescripción están de antemano organizadas de modo que, una parte, la positiva, incumbe al demandante, y otra, la negativa, al demandado.

Podría hablarse también de una presunción en todos los casos en que el demandado opone á la acción una excepción que debe probar. Así deberíamos presumir, respecto de la obligación que no ha sido extinguida, del acto jurídico que no ha sido obtenido por fuerza, que no es el producto del dolo, del error del demandado, y de toda acción que no se le opone excepción alguna. Si se pudieran erigir en presunciones en beneficio del demandante, todos los elementos que no necesita probar, lógicamente sería preciso también hacer lo mismo en beneficio del demandado, en cuanto á los elementos todos cuya prueba incumbe al demandante; el demandado debería tener en su apoyo la presunción de que no ha cometido ni *dolus* ni *culpa*, y de no estar *in mora;* en suma, por este camino no encontraríamos fin á las presunciones; toda la atmósfera procesal está saturada de ellas con relación á ambas partes. La presunción tiene su verdadero lugar cuando se trata de una realidad que debe sostenerse por la parte, y no de la resistencia á *simples posibilidades*. El Juez no debe preocuparse más que con las realidades que son ó deben ser mantenidas como tales por las partes, pues proclamar presunciones contra simples posibilidades sería una lucha procesal contra molinos de viento. De lo que precede, resulta que no hay ningún interés práctico, esto es, procesal, en discernir la distinción aquí tratada entre la presunción y la división de las condiciones legales, pudiendo el práctico conservar el hábito de hablar de presunciones en ma-

tenía de prueba aun en los casos de la última especie. Pero el teórico, que debe hablar correctamente en las cuestiones técnicas, no puede en ningún concepto perder de vista esta distinción, y debe saber siempre si ha de clasificar en una ú otra categoría el elemento que el demandante no necesita probar, cosa que en el caso presente importa mucho que así sea. Nuestra doctrina puede acusar una parte de la responsabilidad á los juristas romanos, que en la organización que había recibido entre ellos la cuestión de la prueba, no habían tenido ocasión de decidirse sobre las diversas formas de alegarla. La distinción que acabo de exponer entre los elementos positivos y negativos de las condiciones legales, no parece que la hayan conocido; no la han formulado abstractamente ni tampoco observado en un caso particular. Así ocurre, por ejemplo, que no vacilan en expresar bajo la forma positiva de la condición de *bona fides*, el elemento negativo de la falta de *mala fides*. Pero la doctrina moderna, ante el desenvolvimiento alcanzado por el derecho de las pruebas en el procedimiento común, tuvo la ocasión más apremiante de darse clara cuenta de la distinción. No estaba autorizada para admitir una presunción sino allí donde la ley misma la hubiere establecido; ¿cómo podía justificar teóricamente los casos donde no hay presunción legal, y donde con el tacto exacto de la situación renunciaba á imponer la prueba al demandante? En su confusión acudió á la regla de que las pruebas negativas son imposibles, regla insostenible de un modo tan general (véase luego), y que no tiene punto de apoyo en las leyes. El único camino adecuado se ofrece, á mi parecer, desde el punto de vista en que yo me he colocado. Sin duda, se puede objetar que no tiene base legislativa, puesto que nuestras fuentes no lo conocen; pero hay muchas cosas sobre las cuales no se insiste, porque desde luego se comprenden, y en el caso de que hablo se trata de una de ellas, en mi concepto. Para probarlo voy á examinar desde ese punto de vista dos conjuntos de condiciones legales establecidas por los juristas romanos bajo forma positiva.

Conforme á la definición legal del *furtum*, el demandante, además de la *contrectatio*, debería probar también los elementos: *fraudulosa* y *lucri faciendi causa*. Esos elementos excluyen

de la categoría del *furtum* la sustracción de una cosa sin intención de fraude ó de lucro, por ejemplo, de parte de un amigo que en mi ausencia entra en mi habitación, y una vez allí, en la idea para él enteramente fundada de mi conformidad, enciende uno de mis cigarros, bebe vino, recoge el libro que me ha prestado, ó de parte de un acreedor que toma la cosa para ponerla en seguridad, ó en la del propietario que la toma por su propia autoridad. Todos esos hechos de *sustracción*, sin intención de robo, no están comprendidos en el *furtum*. Pero pensar que porque el *animus furandi* no se dé en esas personas, los juristas romanos deberían haber impuesto al demandante, en la *condictio* furtiva, la prueba del *animus furandi*, sería simplemente absurdo. No se podía imponer al demandante sino la prueba de la *contrectatio;* los elementos: *fraudulosa* y *lucre faciendi causa* constituían el objeto de la prueba contraria; eran los *elementos negativos* de las condiciones legales del *furtum*. Lo mismo ocurre, en mi concepto, con la condición de propiedad en la *condictio furtiva* y con la del interés en la *actio furti;* puntos que yo he examinado en otro lugar (1). Si se admitiera lo contrario, sería preciso decir que el *furtum* no tenía consecuencias cuando el demandante no pudiera presentar esta prueba. Esos dos elementos no pueden realmente ser considerados sino como objetos de la prueba contraria; su fin era objetar.

Idénticos principios se aplican, en mi concepto, al elemento de la *injuria* enel *damnum et injuriam dactum*, así como en la *actio furti* el demandante no debe demostrar más que la *contrectatio*, así en la *actio legis Aquiliae*, no debe demostrar más que el deterioro de la cosa que se encuentra en su posesión: el simple *damnum;* el elemento injuria no se ofrece sino para permitir al demandado aprovecharse de las circunstancias que pueden librarle de la responsabilidad. Sería absurdo en las acciones por hurto pretender dispensar al demandante de la prueba, formulando una presunción de hurto; y no lo sería menos formular aquí una presunción de *culpa*. La ley no conoce esas presunciones; las hace superfluas, refiriendo por adelantado las condiciones legales de las dos acciones al acto exterior exclu-

(1) *Del fundamento de la protección posesoria.*

sivamente. Corresponde al demandado probar que, á pesar de este acto, no es responsable de ciertas causas previstas por la ley misma. He ahí nuestro factor negativo N, que excepcionalmente enerva en este caso la eficacia de las condiciones legales positivas.

Esos ejemplos, á los cuales aún podría añadir algunos otros, muestran cuán importante es distinguir en las condiciones legales que el derecho establece los elementos positivos y los elementos negativos. Al definirlas, se puede, á imitación de los juristas romanos y para abreviar, expresar las condiciones legales bajo forma positiva, según se ha hecho en materia de usucapión por medio del verso: *res habilis, titulus fides possessio tempus;* pero al desenvolver los diversos elementos, se debe, aunque no sea más que en interés de la enseñanza y para no dar al estudiante ideas falsas, decir siempre si son de naturaleza positiva ó negativa. En mi concepto, el profesor deberá desde luego llamar la atención de los alumnos sobre la importancia capital de la cuestión de la prueba. En la enseñanza elemental, y hablo por experiencia propia, el abandono de esta labor puede producir mucho daño y depositar el germen de donde más tarde saldrá, en lugar del verdadero jurista, su caricatura: el lógico del derecho, que se encuentra, por lo demás también fuera de las cátedras.

He notado antes que en los casos en que era imposible no ver la división de las condiciones legales en negativas y positivas, por ejemplo, en la usucapión, se ha tratado de justificar legislativamente esta división, fundándola en la regla de que las negaciones no podrían probarse. Pero esto no es una explicación. De un lado, esta regla no es exacta en sus términos generales. No falta el caso, en derecho romano, donde todas las condiciones legales están sometidas de una manera absolutamente negativa, por ejemplo, el *non usus* de las servidumbres (1). Por otra parte, esta regla no explica la dispensa

(1) No he encontrado en parte alguna una indicación de la prueba en esta materia. Es fácil decir: las servidumbres se extinguen por el *non usus* pasados diez años; ¡pero que se pruebe el *non usus!* Si la prueba se lleva con rigor, como debiera hacerse por el Juez bajo el derecho común, es imposible practicarla; aunque se demostrase que ningún vecino había advertido en los

de prueba de ciertos elementos de naturaleza perfectamente positiva. Así, la condición *lucre faciendi causa*, en el robo, es positiva, y sin embargo no debe ser probada por el demandante. Lo mismo ocurre con la *culpa* en el *damnum injuriam datum*. Esta regla tampoco se aplica á la presunción que puede tener por objeto un hecho positivo, según hemos visto poco ha. Es preciso, pues, buscar un punto de vista aplicable á todos los casos. La simple dificultad de la prueba no basta para esto. En tal concepto, sería mejor tener que hacer una prueba difícil, porque entonces se podría contar siempre con el auxilio de las presunciones establecidas por la ley. La verdadera razón, en mi concepto, estriba en un punto de vista que nosotros hemos reconocido antes como decisivo para el legislador: el estadístico. El razonamiento de este aserto será el objeto de la siguiente investigación.

El objetivo que debe perseguir todo legislador, está en concordar, hasta donde sea posible, la regla abstracta con la realidad. Este punto de vista, cuya gran importancia para la practicabilidad de las reglas del derecho hemos consignado, debe servir también de base para la organización de la cuestión de la prueba. A este fin, y para decidir si impondrá la prueba de tal ó cual elemento al demandante ó al demandado, el legislador debe representarse la proposición numérica en la vida ordinaria, entre los casos de existencia y de los de no existencia del elemento, en una y otra alternativa. Supongamos que el elemento *p* de las condiciones legales de que se trate existe en la vida noventa y nueve veces de ciento, y que el elemento *n* no existe el 90 por 100 de las veces: sería absurdo que el legislador impusiera al demandante una prueba que, por su dificultad, no resultaría más que en el más pequeño número de casos, v. gr., el 10 por 100. Ocurriría que la demanda *x* fundada en ese respecto, no llegaría á realizarse el 90 por 100 de las veces, mientras que descargando al demandante de la prueba,

---

diez años ningún hecho de uso, esto no prueba que el interesado no haya podido usar la servidumbre sin ser visto. No he tropezado en los casos juzgados con ninguno en que se hubiera probado realmente el *non usus*. La cuestión no parece existir siquiera, lo mismo teórica que prácticamente. Los juristas romanos nada dicen, y tal es la razón de por qué los modernos se callan.

no pasaría eso más que una vez; la pérdida sería en el primer caso del 90 por 100, y en el segundo del uno. En la mayoría de las presunciones, la relación estadística á que me refiero es aún más elevada. En materia de préstamos, de varios millones de casos en que el prestamista es propietario, apenas habrá uno en que no lo sea. Sería, por tanto, ir contra el sentido común, exigir aquí la prueba de la propiedad; la presunción cubre casi por entero la realidad, puede decirse que es la sintota judicial de la realidad. En la presunción de la paternidad, la proporción es, á causa de las relaciones morales normales, infinitamente más elevada; en muchas comarcas y en algunas clases, apenas hay un caso entre mil en que falte, mientras que la prueba rigurosa de la paternidad no podría acaso hacerse una vez por millón. Otro tanto puede decirse de la pretendida presunción de la *bona fides* en la prescripción. Frente á millones de casos en los cuales el comprador se encuentra de buena fe, apenas si podrá presentarse uno en que no lo está, mientras que la prueba de la *bona fides* (1) si, como ya lo hemos supuesto, se entiende rigurosamente, jamás resultaría. El que considere conmigo esta condición, como un elemento negativo de la usucapión, falta de *mala fides*, puede comprobar la exactitud del punto de vista estadístico establecido para la configuración negativa de las condiciones legales. Lo mismo ocurre con las otras dos condiciones negativas de la prescripción; la interrupción y la cualidad de no usucapible de la cosa. De millones de cosas que se compran, se encuentra una acaso robada; de mil casos, la posesión *ad usucapionem* apenas resulta interrumpida una sola vez.

No es, pues, la simple dificultad de la prueba ó su imposibilidad lo que ha llevado el derecho á las dos atenuaciones de las pruebas indicadas; lo que le ha guiado es el fin que doquiera

(1) Contra la opinión reinante Windscheid, *Lehrbuch* I, § 117, exige la prueba de la *bona fides*: es preciso alegar y probar circunstancias «que permitan afirmar la buena fe y su recta excusabilidad». ¿Pero cuáles? Yo no puedo probar más, sino que he comprado la cosa; á la puerta, en la tienda, en la calle. Tal es la situación de hecho normal. ¿Qué más circunstancias se requieren? ¿La honradez del vendedor? He comprado la cosa á un extraño desconocido, á un ambulante, de viaje. ¿La honradez del comprador? Si el Juez no le conoce, ¿deberá empezar por inquerirla?

le guía: la concordancia más estrecha del estado de cosas que quiere ordenar con la realidad, y el examen que implica esto de la proporción numérica de los casos de concordancia, con los de discordancia. La estadística es la base sobre la cual debe apoyarse el legislador para hacer practicable el derecho, y en ella se ha apoyado siempre, á sabiendas ó no. Lo que muestra cuán poco basta la mera dificultad de la prueba para explicar una atenuación de la misma, es, fuera del caso ya citado del *non usum*, la relación de los muertos simultáneamente. Si algún caso hay de imposibilidad de la prueba, es éste: sin embargo, el derecho romano no ha creído necesario prevenirlo por medio de una presunción general. Unicamente para el caso de muerte simultánea de padres y de hijos, estableció la presunción bien conocida, que en la distinción que hace entre púberes é impúberes debía ser bastante aproximado el término medio estadístico de los casos.

El lector acaso extrañe el que para llegar al asunto que debo tratar en este capítulo, á saber; el examen de la teoría subjetiva, en cuanto la prueba de la voluntad de poseer, haya dado yo tan largo rodeo. Lo que á continuación se expondrá habrá de convencerle, creo yo, de que el rodeo no era inútil. No se trataba sólo de probar que esta teoría se frustra tristemente en la cuestión de la prueba del *animus domine*, era preciso plantear la cuestión de la prueba en materia de posesión en el terreno legislativo, y para esto las indicaciones hechas sobre la practicabilidad y la estadística nos eran indispensables.

Supongamos un legislador que se basa en la teoria subjetiva. Debe examinar si puede ser aplicada en materia procesal, es decir, si en un caso particular la voluntad de poseer puede ser probada. Supongamos á su disposición un Juez encargado de aplicar la teoría (1).

---

(1) He presentado el ejemplo de la prueba, según la teoría subjetiva, de la cual hace tiempo me habia separado, en una de mis *Cartas de un desconocido, sobre la Jurisprudencia actual*, publicada en la *Deulsche Gerichtszeitung*, 5.º año, núm. 21 (1863) y reproducida en *Schers und Ernst in der Jurisprudenz*, página 54. El proceso acaba por la denegación del demaudante que no ha podido probar el *animus dominus* impuesta por un primerizo de la práctica. Di-

La regla que le prescribe es la siguiente: En materia posesoria deberá V. admitir la posesión cuando la voluntad del poseedor es poseer la cosa para sí, como un propietario: según los términos del proyecto de Código civil alemán, § 797, haber la cosa como suya; en los demás casos, admitirá V. tan sólo la tenencia.

¡Muy bien! Pero, ¿cómo reconocerá el Juez—yo desempeñaré su oficio—esta voluntad de poseer? ¿Cómo se expresará esta diversidad de la voluntad exteriormente en las circunstancias mismas de cada caso? El hecho exterior, ¿permite reconocer si interiormente corresponde á esta ó á aquella voluntad? Tengo ante mí dos caballeros de quiénes se que el uno tiene su caballo por suyo, y que el otro cree estar sobre el caballo de otro, que no monta «sino para ejercer por otro el poder físico». Veo á dos aldeanos cultivar un campo: el primero, lo hace con intención de tener su propia posesión; el segundo, con la intención de ejercer la posesión de otro; ¿puedo yo discernir en ellos esta intención diferente? Si se añade aún que este último obra así desde hace ya diez años, y el otro sólo desde hace algunos días, ¿me da esto indicación alguna? Absolutamente ninguna. Puede muy bien ser el primero colono y el otro propietario.

En mi confusión me dirijo á ellos y les pregunto, según debo hacerlo, conforme á la teoría reinante, si tienen el *animus domine ó alieno nomine detinendi*, es decir, la intención de ejercer el poder de hecho sobre la cosa para sí y para otro.

«No comprendemos eso, dirán: explíquese V. más claro.»

Se trata de saber si quieren Vds. poseer la cosa como un propietario, á la manera de un propietario. No es preciso para eso que Vds. sean propietarios; basta que ustedes tengan la intención de tomar de hecho su posición.

Está por nacer el colono que no se atribuya esta intención. El fin de mi contrato, dirá nuestro hombre, es que yo recoja

---

á conocer en esta época mi propia opinión en las palabras que pongo en boca de este último. Con este caso me doy por curado de mi creencia en el *animus domini*.

los productos de la cosa, lo cual viene á ser de hecho la posición del propietario.

¡No, pardiez! Eso toca sólo al lado *económico* de su relación de V. con la cosa, y no á su naturaleza jurídica; ésta puede ser la posesión ó la tenencia. Si V. tiene la intención de poseer, su relación posesoria es una relación jurídicamente protegida, si no, no hay protección jurídica. ¿Qué intención tiene V.? Si no se trata más que de eso, yo me decido naturalmente por la protección posesoria, y esto, á lo que yo creo, me corresponde de derecho, aun independientemente de mi intención, porque yo he tomado el *fundum* en arriendo, y el derecho no puede dejar al colono sin protección.

Si V. es colono, las cosas pasan de otro modo, porque como tal no *puede* de ninguna manera, según el derecho romano, tener la voluntad de poseer.

Entonces, ¿por qué se ha tomado V. el trabajo de inquirir mi voluntad? Podría V. haber comenzado diciendo que se trata únicamente de mi voluntad, manifestándome que no tendría aquélla ningún influjo: ¿por qué no preguntarme desde el primer momento si soy colono?

Yo no quería más que ensayar en V. una teoría jurídica sobre la posesión, según la cual la voluntad de poseer es la que hace inclinar la balanza; ahora estoy convencido de que esta teoría no resiste la prueba. Para saber si alguno posee ó sólo tiene, se le debe preguntar la causa de su posesión.

El resultado de esta tentativa, diría yo al legislador presentándole mi informe, es que la voluntad de poseer no me sirve; es un elemento absolutamente impracticable; sólo os resta indicarme en qué relaciones debo yo admitir la voluntad de poseer como existente, y en cuáles no.

Y entonces el legislador formulará una lista de las *causæ possessionis y detentionis* para que practique una segunda prueba.

Tenemos, pues, la obligación de probar la *causæ possessionis*. Vamos á ver á donde llegamos ahora. Para formular un juicio decisivo, quiero admitir el caso inverosimil, pero hipotéticamente supuesto con el fin de examinar la cuestión, de que todas mis cosas muebles hayan sido englobadas en el torbellino de un proceso sucesorio. Ya he dicho antes lo que pienso

de la importancia práctica de la protección posesoría para las cosas muebles; pero concedámosle por el momento importancia. Desde luego me he preguntado cuándo y cómo podré presentar la prueba de la *causæ possesionis*, de la cosa que yo *poseo* en realidad por haberla comprado ó haberla recibido como regalo. Me imagino que de las mil, sólo de diez podré yo presentar tal prueba. De donde resulta prácticamente un déficit de 990 casos entre la realidad y el reconocimiento de mi posesión. ¡Singular protección posesoria esta que presta sus servicios á 10 casos, y lo niega á 990!

Como Juez, hago un nuevo informe: con la *causa* estoy en el mismo caso que con la voluntad de poseer. Sin duda la *causa* me proporciona un punto de apoyo seguro para juzgar si hay posesión, mientras la voluntad de poseer me deja por completo desarmado en tal supuesto; pero no importa para la defensa. En un caso, es preciso producir una prueba completamente imposible; en otro, una prueba posible en sí, pero que en realidad es imposible de procurar. La relación es la misma en el fondo que en la *actio publiciana*. La parte no debe tampoco producir más que la prueba de la posesión y de la *causa*. ¿Por qué concedéis también una acción posesoría? La única ventaja que tiene sobre la publiciana, consiste en que beneficia también á los ladrones, y en materia de inmuebles, á los que han desposeído violentamente á otro, porque todos quieren poseer la cosa «á la manera del propietario», y por tanto, deben ser reconocidos como poseedores. Pero prescindiendo del punto relativo á si estarían en situación de indicar la *causa* de su posesión—lo que en caso de denegación de la parte les pondría en el trance de producir la prueba de que en realidad han robado, usurpado la cosa, ó que la han arrancado violentamente de la posesión de otro—prescindiendo de esto, os ruego, ¡oh legislador! consideréis si hace falta mantener para tales gentes una acción inútil para todos los que han adquirido la cosa de una manera honesta. Una acción posesoria, unida á la prueba de la *causa*, es superflua donde quiera que fuere *oportuna*, porque está sustituída por la *actio publiciana*, y donde no es superflua no sería oportuna.

Estas reflexiones del Juez sobre la aplicación en el proce-

dimiento de la teoría de la voluntad, resumen el juicio que no puede menos de formarse sobre el valor práctico de esta teoría: tanto sobre su valor individual, en cuanto es absolutamente impracticable, como sobre su valor abstracto, porque lleva á resultados que no se armonizan con el fin que la legislación persigue en la protección de la posesión. La conclusión está perfectamente indicada para el legislador. Debe organizar la prueba en materia posesoria, de modo que la protección de la posesión sea una realidad, y esto es lo que va sentado en la regla, según la que: *La tenencia de la cosa es posesión, salvo prueba en contrario.*

Esta regla puede expresarse de una doble manera. Primeramente bajo la forma de la *presunción*. Debe haber acudido á esta forma, siempre que para reconocer la posesión exige, además de las condiciones legales de la relación posesoria en general (III), otro elemento: la voluntad especial de poseer, ó la *causa*. Tal es el camino seguido por el derecho francés en la disposición del art. 2230 del Código civil: «On est toujour présumé posseder pour soi et a tître de proprietaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre». Según resulta de las palabras: *poseer para sí* y *poseer para otro*, los autores del Código se atenían aun al dogma de que para la posesión es preciso una voluntad de poseer particular, pero la presunción que han formulado les ha hecho eludir todos los peligros prácticos.

De este modo han revelado un gran conocimiento de las dificultades de la teoría corriente y un buen sentido práctico que no me cansaré de aplaudir. Este artículo, á mi ver, aventaja, en lo que toca á la vida práctica, á todo lo que la literatura ha producido en nuestro siglo acerca de la distinción de la posesión y la tenencia. De un plumazo han salvado una dificultad, contra la cual se había estrellado durante siglos la práctica del derecho común (v. luego); puede decirse francamente, que es un hecho salvador en los dominios de la posesión. Los que conozcan el derecho francés, pueden juzgar si los autores del Código tenían puntos de apoyo anteriores, y cuáles. En Pothier, del cual tanto han tomado, yo no he encontrado nada, ni en sus *Pandectae Justinianae*, ni en su *Traité de la possession*. Se com-

prende en qué medida han sabido apreciar la importancia capital de la prueba de la posesión, por el hecho de que de ocho artículos consagrados á esto (2228-2235), no bajan de tres los que formulan presunciones. Tales son, además del artículo antes citado, el art. 2231:

> «Quand on a commencé á possedér pour autrui, on est toujours présumé poseedér au même títre, s'il n'y a preuve du contraire.»

y el art. 2234:

> «Le possesseur actuel, qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermediaire, sauf le preuve contraire.»

De este modo han dado una solución satisfactoria á la cuestión de la prueba en la posesión. Toda legislación que quiere mantenerse dentro de la teoría reinante, no puede hacer nada mejor que copiar esos artículos.

El segundo camino es el descrito antes de la separación de las condiciones legales, en una parte positiva y otra negativa de la posesión ($x=a+c-n$). Es el camino seguido por el derecho romano. Nuestras fuentes justinianeas nada dicen en ninguna parte sobre la cuestión de la prueba en materia de posesión; pero, según he hecho notar al comienzo de esta obra, Pablo ha hablado de ella en su *Sententiae receptae*, V, 11, § 2:

> *Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam.*

Nos hallamos, pues, ante una referencia auténtica, dada por un jurista romano sobre la práctica romana (1). El texto mismo demuestra que no ha seguido éste el camino de la presunción. Las palabras IDEOQUE *sufficit*, no podrían explicarse en este supuesto, porque una presunción no se formula por vía de conclusión sacada del objeto de la prueba; se pone frente á esta

(1) Acerca de las objeciones absolutamente infundadas de Rudorff contra la fuerza probatoria de ese texto, véase luego el examen de su propia opinión.

como disposición positiva. La conclusión de que aquí se trata, no puede ser deducida más que si realmente es de la posesión, como yo lo creo, y en su caso, no sólo se comprende fácilmente la decisión de Pablo, sino que á su vez confirma la exactitud de sus opiniones. Arroje sobre esto la luz que de ella tome, y así es como al propio tiempo se comprende que los juristas romanos no hayan dicho ni una sola palabra de la cuestión, relativa á como la posesión debe ser probada á diferencia de la tenencia. La respuesta iba implícita, según la teoría de la posesión.

Por lo demás, sea cual sea de esas dos formas la que el legislador adopte, el resultado práctico es el mismo. Su decisión no interesa sino á la persona jurídica de la relación, bastando que asegure la facilidad de la prueba que ambas procuran. Es preciso convencerse que también en esos casos el resultado del procedimiento coincide lo más estrechamente posible con la realidad de las cosas, conforme al punto de vista que debe dirigir al legislador de la organización de la cuestión de la prueba.

Vamos ahora á someter á la prueba de la estadística la regla de que todo tenedor debe reputarse *a priori* poseedor. Veamos á este efecto, cual es de ordinario en la vida, la proporción numérica entre los casos de posesión y los de tenencia. Trátase de una experiencia que cada cual puede hacer con relación á las cosas que están al alcance de su mano. Por lo que á mi toca, el resultado de mi examen es de que de varios miles de libros y otras cosas muebles—5.000 lo menos—que yo poseo, sólo hay en este momento unos cinco de que no tengo más que la tenencia. Son libros que de la librería me han remitido para examinarlos. La tenencia está, pues, respecto de la posesión, en relación de 1 á 1.000. En un gran almacen puede elevarse á la de 1 á 100.000 y más. Ahora bien; para no dejar pasar un caso de tenencia en esta enormidad de casos de posesión, el poseedor real, ¿deberá producir una prueba, que en la mayoría de los casos es imposible? ¿Qué importa, en efecto, que el tenedor se deslice con él? Respecto del señor ó dueño de la posesión, no hay nada que temer, porque puede siempre probar que no es más que un tenedor, y respecto del tercero, todo le es indiferente. En suma; es tan racional tratar *a priori* al tenedor como poseedor, que

sería absurdo pretender ya comenzar por probar que lo es. Sin duda, sería erróneo tratarle así si la prueba procesal se encontrase á la altura de la científica en la cual no hay lugar á admitir como verdadero sino lo que está completamente probado. Pero sería, es verdad, desconocer por entero el fin prático de la regla procesal, aplicar en este punto el criterio de la *verdad* absoluta. El Juez no tiene la ciencia del matemático, del naturalista, del historiador, del lógico, que deben llegar á la verdad. Si quisiera llegar á esta como ellos, ocasionaría males muy graves. Su teoría de las pruebas llegaría á ser una verdadera maldición para la vida práctica: esto es, lo que ha sido muchas veces en la época del derecho procesal común. El punto de vista que debe guiarle es el mismo que antes hemos señalado para el legislador. Debe procurar la concordancia, lo más estrecha posible entre los resultados del procedimiento y la realidad de las cosas, y para alcanzar ese fin, es preciso que renuncie á la exactitud absoluta. La prueba del procedimiento *debe* ser inexacta. Pasa aquí algo de lo que pasa con la inexactitud de las monedas con relación al peso prescrito y á la proporción del metal fino, que la ley autoriza expresamente en la aleación; hay un promedio de *tolerancia* que es preciso admitir. La inexactitud de la prueba procesal, es como la *tolerancia* admitida *en la teoría de las pruebas*.

No hay duda de que, respecto de las cosas muebles, según hemos notado ya, la acción posesoria no es hoy sino una palabra vana, y así el derecho francés ha estado en este punto muy en lo firme, al no concederla más que para las cosas inmuebles. Pero no ocurría lo mismo entre los romanos, en la forma que tuvo hacia fines del Imperio, como acción dirigida contra terceros. Creado en su origen, en atención á la posesión de los esclavos, el *int. utrubi* tenía para esto un valor grande. Sin él el señor de un esclavo fugitivo y refugiado en casa de otro—cosa que no debía ser rara en Roma—no hubiera podido hacer uso más que de la *rei vindicatio* ó de la *actu publiciana*. Ahora bien; ambas le imponían una prueba, á veces difícil y sometida siempre á largos plazos, mientras que el interdicto no le obligaba más que á probar que el esclavo se encontraba en su casa antes de la fuga *(utrubi-fècit)*; y cuando tal condición se daba, producía

seguramente su resultado inmediato en su calidad de interdicto prohibitorio, gracias además, á la pena á que el demandado se exponía en caso de resistencia *(anus periculo agere)*. El que se presentaba con la autorización probatoria de *ducere* el esclavo, y que por vía de precaución llevaba consigo testigos que reconocían al fugitivo y podían atestiguar su estancia anterior en su casa, veía francas todas las puertas. Quien hubiera obtenido el interdicto por la mañana, podía tener á la tarde el esclavo en su poder. Si ahora nos imaginamos el número de esclavos entre los romanos—cítanse hasta 10.000 en posesión de un solo amo, evaluándose la población esclava bajo el imperio, en Roma en 500.000—no podrá menos de reconocerse el gran valor práctico del interdicto de que se trata, no siendo concebible que los romanos llegasen á dificultarle exigiendo la prueba de la posesión *jurídica*. De los 10.000 esclavos á que me refería, apenas había uno que su amo se limitase á tener.

Respecto de las cosas inmuebles, la proporción numérica de los casos de tenencia con los de posesión, debe de haber sido muy distinta en Roma, especialmente en los últimos tiempos; pero siempre será cierto que los de posesión habrán sido mucho más numerosos.

Resumiré el resultado de mis precedentes explicaciones acerca de la organización legislativa de la cuestión de la prueba. Es completamente erroneo imponer al demandante en el procedimiento posesorio, además de la prueba de la existencia puramente *exterior* de la posesión, es decir, del *corpus*, que como tal implica ya la voluntad de poseer, la prueba de un elemento *interno*, sea del *subjetivo* del *animus domini*, sea del *objetivo*, la *causa*. En la primera alternativa, el legislador haría completamente ilusoria la protección que quiere conceder al poseedor, porque es imposible probar el *animus domini*, y en el segundo caso, ligase esta prueba á una condición que el poseedor real en muchos casos no está en situación de prestar, condición que, siendo también suficiente para la *actio publiciana*, haría poco menos que supérflua la posesión, que quedaría reducida á un concepto puramente doctrinal. Para que la protección posesoria adquiera una realidad práctica, el demandante debe estar dispensado de probar que es poseedor y no tenedor, para lo

cual hay un doble camino. De un lado, el del procedimiento que formula una presunción de posesión, y que se armoniza muy bien con el sostenimiento de la doctrina reinante. De otro, el del aspecto material del derecho, que tiene por condición la sustitución de esta doctrina por la que yo he formulado, y según la cual, los hechos que excepcionalmente reducen la relación posesoria al rango de mera tenencia, deben considerarse como elementos subjetivos de las condiciones legales de la posesión, es decir, como obstáculos á la posesión, cuya prueba incumbe, según las reglas generales, al adversario. El derecho francés ha seguido el primer camino, y el romano el segundo.

Examinemos ahora la posición que la teoría de la posesión reinante ha tomado en la cuestión de la prueba.

En rigor, ¡ninguna! La cuestión de la prueba ha quedado fuera de su acción propia. Savigny no ha dicho una palabra de ella en su libro, á pesar de que es imposible que no se haya fijado en el texto de Pablo. ¿Y cuál es el motivo? No hay más que dos respuestas posibles: ó que ha visto en la cuestión de la prueba un escollo ante el cual tenía que estrellarse toda su teoría del *animus domini*, ó que ha estimado que el teórico no tiene por qué ocuparse de esta cuestión, pues su teoría se reduce á la noción, y que lo relativo á la aplicación compete al práctico, quien debe cuidar de ver cómo salva las dificultades. La primera hipótesis supondría en Savigny demasiada poca conciencia científica al sostener una teoría á sabiendas de que era insostenible; no puede, pues, aceptarse tal hipótesis. Queda la segunda, y por ella toca en un punto que es altamente característico, no sólo para Savigny, sino para toda la jurisprudencia romanista moderna.

No sería yo mismo verdadero teórico si no supiera por experiencia personal cuán lejos del pensamiento del teórico está la cuestión de la prueba; por mi parte, he tardado relativamente bastante en tener conciencia de ella, y aun cuando desde ese momento me he impuesto como ley tener en cuenta en todo lo que yo escriba la cuestión de la prueba, no respondo, sin embargo, de haberlo hecho siempre así; ¿y cómo podía ser esto de otro modo? ¿Cómo quien jamás se encuentra en si-

tuación de aplicar prácticamente el derecho—cosa que los teóricos apenas tenemos ocasión de hacer una vez abolidas las consultas de las facultades de derecho—ha de poder desenvolver en sí mismo las condiciones y las dificultades que entraña la cuestión de la prueba? Hállase como el cirujano que no tiene ocasión de manejar el bisturí, no pudiendo extrañar, por tanto, que reducido á proceder por vía meramente especulativa y teórica, llegue á resultados de imposible realización práctica, ya porque sea imposible literalmente la prueba indispensable, ya porqué esté ésta rodeada de tales dificultades, que sólo un litigante insensato pudiera someterse á ella (1).

¿Qué significan todas esas sutiles distinciones teóricas, cuando el Juez no puede reconocerlas en los casos particulares? Querer imponer su aplicación, sería lo mismo que si un compositor de música escribiese para una orquesta notas que no puede dar ningún instrumento, ó que un médico recetase fórmulas que ningún farmacéutico supiera interpretar. La única respuesta sensata en este caso, es decir: haga V. mismo la experiencia para que yo la vea.

Y acudo á Savigny para hacer constar ante todo, con otro ejemplo tomado también de su obra sobre la posesión, con qué descuido—y en en este caso diré hasta con qué irreflexión—ha pasado por la cuestión de la prueba. La olvida de tal modo, que llega á contradecirse. Enseña una cosa distinta de la que él mismo ha dicho en otro pasaje de su libro.

Se trata de la existencia de la cuasiposesión de una servidumbre predial, por ejemplo, de la de paso. En un sitio (página 480) nos dice «que basta que haya sido ejecutada *una vez á lo menos,* y esto á título de derecho», y más adelante (página 485) que para el *interdictum* de *itinere,* el ejercicio de la

---

(1) Como prueba, citaré no más un gracioso ejemplo tomado de **Arnds** *Pand.* § 529: «El *S. C. Velejanum,* dice, encuentra aplicación cuando una mujer se ha obligado, teniendo motivos para creer que no debería pagar con su propio patrimonio; pero no cuando ha contraido la obligación con la intención de pagarla realmente con sus recursos propios.» ¡Que se intente probar eso. Otro ejemplo: es el aserto de que quien obra en virtud de fraude debe probar el lazo de causa entre el fraude y su acto, esto es, el movimiento que se ha efectuado en el alma del que ha sido engañado!

servidumbre debe verificarse en cierta medida, siendo preciso que durante el año anterior al día en que se intente la acción, el que quiera intentar el interdicto, haya ejercido el derecho de paso en treinta distintos días á lo menos. He ahí una cuasi posesión *admitida en principio*, pero que para ser protegida, esto es, reconocida *como tal en derecho*, exige úna prueba particular, esto es, una posesión que exista y no exista al propio tiempo.

¿Cómo ha podido llegar Savigni á contradecirse de ese modo con sólo cinco páginas de intervalo? Sencillamente, porque en el primer pasaje se preocupa solo de la *noción* y no de la acción, y en el segundo de la *acción* y no de la noción. No se le ha ocurrido ni siquiera que debiera haber entre ellas concordancia en cuanto á su resultado práctico definitivo. La noción prosigue precipitadamente su camino, cual si la acción nada tuviera que ver con ella, y la acción le responde cual si la noción no existiese (1).

Cuando Savigny escribía su obra sobre la posesión, era un joven á quien no podía censurarse con demasiada severidad la falta completa de conocimientos prácticos de que ha dado pruebas indiscutibles. Si la percepción de la importancia práctica de toda la institución le ha faltado hasta el punto de disputar á los *interdicta adipiscendæ possessionis* el carácter de acciones posesorias (2) (pág. 383), no debe sorprendernos que no se le ocurriera la idea de cómo debería probarse el *animus domini*. Pero lo que sorprende es que el hombre ya maduro no haya acabado por reconocer el error de su juventud. En la sexta edición de su libro, revisada por el mismo, se encuentra aún la contradicción antes indicada, la afirmación del carácter no posesorio de los referidos interdictos y el silencio más completo sobre la prueba del *animus domini*. Este silencio ha sido

---

(1) Algo análogo puede verse en la opinión de Puchta (*Pand.*, § 11) sobre la abolición por el legislador de la fuerza obligatoria del derecho consuetudinario. «Sólo le priva de su efecto respecto del Juez»; en lo demás, queda como estaba. Se trata de un derecho que presenta la particularidad de que el Juez no tiene que aplicarle. Como si todo derecho no se verificase sino por las circunstancias de que el Juez debe aplicarle. La cuasiposesión y el derecho consuetudinario, que no existen para el Juez, en rigor, no existen.

(2) *Fundamento de la protección posesoria*, p. 76 y siguientes.

fielmente imitado por todos los demás autores que han escrito siguiéndole, sobre la posesión. En ninguna parte, en ninguna monografía ó disertación sobre la posesión, en ningún tratado de Pandectas he encontrado un examen de la cuestión de la prueba (1). Sólo Barón constituye una excepción plausible á este propósito; á lo menos ha encontrado una solución á la cuestión (2), aun cuando el mismo reconozca que no es satisfactoria. Partidario de la teoría subjetiva, á pesar de la ocasión que para abandonarla le ofrecía la cuestión de la prueba, examina esta doctrina desde el punto de vista de su posibilidad práctica, tal cual yo la entiendo, llegando al resultado de que es absolutamente defectuosa en este respecto, porque, rigurosamente hablando, la prueba del *animus domini* es literalmente imposible, lo cual explica con los mismos ejemplos que yo (pág. 163). El derecho romano no nos procura auxilio alguno en este caso, y así la práctica moderna se ha visto obligada á salir del paso por sí sola. A este propósito ha formulado todo un catálogo de *actus possessorii*, respecto de cuya eficacia no se ha hecho ilusión alguna. Al lado de actos que sólo el propietario puede realizar (edificar, demoler, cortar leñas, inscribir en el catastro), figuran otros, que también puede hacer el colono (cultivar, recoger, apacentar el ganado). Era imposible limitar la prueba á los primeros, porque de ese modo se excluía, con el colono, al verdadero propietario mismo, que no hubiera tenido ocasión de realizar esos actos. Si, por el contrario, se declaraban suficientes los últimos, el colono seguía la suerte del propietario.

En esta situación tan confusa se ha recurrido á una presun-

---

(1) Acerca de Bande, se hablará luego.

(2) En sus *Abhandlungen aus dempreussischen Recht;* Berlín, 1860, p. 4-10. El título del libro explica el que sus explicaciones hayan podido ser ignoradas de los romanistas; cuando antes hablaba de la cuestión de la prueba, no conocía aún su trabajo. Pero desde que Rudoff, en la edic. por él publicada del libro de Savigny (1865) ha citado esta obra (n. 126) toda excusa de ignorancia, ha desaparecido aún para los romanistas, por lo que, á partir de esta época la cuestión de la prueba ha debido ser tratada en todos los cursos de Pandectas. Según Barón, Wiederhold, *Das Interdictum uti possidetis*, § 75, ha tocado ya la cuestión de la prueba. La cita es errónea: he buscado en vano ese pasaje en la obra.

ción de posesión *(semper potius præsumi nomine* PROPRIO *quam nomine* ALIENO *possidere)*; pero concediendo que era necesario una comprobación por medio de un examen y de una apreciación exacta de los actos de posesión aducidos por ambas partes.

Desesperados algunos ya han pretendido hasta imponer al demandante la prueba por juramento, ¡y qué juramento! ¡Un juramento sobre un estado de alma! ¡Y qué estado de alma! Imagínese un aldeano llamado á prestar juramento sobre el *animus domini*, que los grandes juristas no han llegado todavía á comprender.

Barón acaba afirmando, en conclusión, que la cuestión de la prueba no ha sido resuelta por la práctica, cosa que creo muy exacta. Es también de opinión, aunque sin dar prueba alguna, que la decisión de Pablo, que hemos citado para probar la práctica romana, «no se admitía en todos los procesos posesorios en Roma, antes al contrario, en toda una serie de casos se acudía á la CAUSA *possessionis* para probar la *possessio*, y especialmente el *animus possidendi*. Los dos textos que cita á este efecto (Gayo IV, 166-168, L. 3 *pr. uti poss.* 43, 17), nada dicen; el primero limítase á mencionar la necesidad de probar la posesión, sin decir cómo, y el segundo no habla siquiera de la prueba. El argumento que saca del *interdictum* de *superficiebus*, que menciona expresamente la LEX LOCATIONIS SIVE CONDUCTIONES no tiene fuerza probatoria, porque no podría sacarse de él partido alguno en cuanto á la *posesión de las cosas*, única de que aquí se trata.

Su juicio definitivo sobre el derecho romano en materia de posesión (pág. 9), es que éste con respecto á la cuestión de la prueba, ha cometido una doble falta. Si, dice, la causa *possessionis* debía ser alegada, no hacía falta una protección posesoria; la petitoria bastaba para evitar toda injusticia; y además, tanto en Roma como entre nosotros, no ha podido fundarse la prueba sino sobre actos de posesión dudosos ó equívocos. En realidad, esas dos faltas no deben imputarse al derecho romano, sino á la idea errónea que de él se ha formado generalmente.

La explicación de Barón ha dado ocasión á Rudorff para colocarse enfrente de Savigny en las adiciones que ha puesto

á la séptima edición de su obra (núm. 128). Mientras Barón, al reconocer como buena la necesidad de concordar la prueba con las condiciones legales de la relación jurídica, exige la prueba del *animus domini* y no cree que deba recurrirse á la causa sino á la fuerza y sólo para facilitar esta prueba, Rudorff comete en este caso, respecto de la posesión de las cosas, la misma falta que Savigny (pág. 76) respecto de la de los derechos; lleva la prueba á otro elemento distinto de aquél, que con Savigny y su teoría, reconoce como decisivo, á saber: á la *causa possessionis* en lugar de referirlo al *animus domini*. En cuanto á la teoría de la prueba que formula, la conceptúa tan exacta que la presenta como «la verdadera teoría romana de la posesión».

Oigámosle:

Cuando Gayo (IV, 166.) dice: que el Juez en el *interdictum uti possidetis* debía dirigir su investigación: *uter eorum nec vi... nec clam, nec precario possiderit*, síguese que el demandante debe probar, no sólo su posesión jurídica, sino también la falta de todo vicio en la posesión frente al adversario. Esta prueba se hace en este caso como respecto de todo derecho, por la prueba de la causa, esto es, por la del hecho sobre el cual el demandante funda la *legitimidad* relativa de su *voluntad* de apropiarse la cosa; debe, por tanto, establecer: 1, la adquisición con la voluntad del demandado; ó bien, 2, la adquisición con la voluntad de un tercero; importando poco en este último caso que sea con el consentimiento del contrario ó contra su voluntad.»

Dejemos á un lado, porque no tiene interés para nosotros, la sorprendente afirmación de que el demandante debe probar la falta de todo vicio en la posesión frente al contrario. No se trata aquí más que de esta cuestión. ¿Cómo probará el demandante que es poseedor y no simple tenedor? Según Rudorff, no puede hacerlo sino remontándose hasta *la adquisición* de la posesión, y probando que tiene una causa que el derecho romano considera bastante para la posesión. El motivo que Rudorff toma de la teoría general de las pruebas jurídicas («la prueba se hace aquí como respecto de todo derecho, por la prueba de la causa»), demuestra que ha desconocido por completo la distinción fundamental entre la posesión y todos los demás derechos. No parece haberse fijado en la consecuencia de que, sien-

do esto así, la prueba de la existencia actual de la posesión debe también «con respecto de cualquier otro derecho» estimarse producido por la prueba de su *establecimiento*. Precisamente porque la cuestión de la existencia de la posesión se mueve en el *presente*, es por lo que se distingue de la existencia de los derechos, la cual se remonta en el *pasado*. La existencia de los derechos como tal, como hecho, no puede nunca probarse directamente; sólo puede serlo indirectamente por la de su establecimiento. Según la misma teoría subjetiva, que en este punto ha dado en el clavo, la existencia de la posesión, una vez dados el *corpus* y el *animus*, es objeto de una percepción directa. Rudorff, por el contrario, se remonta hasta la *causa* que obra en el pasado, abandonando así la idea fundamental de la teoría subjetiva. Rudorff restringe la prueba de la *causa* á los casos de adquisición de la posesión del adversario ó de un tercero ¿Es que no hay otros casos de adquisición de la posesión? La caza reogida, el tesoro encontrado, no han pertenecido nunca hasta aquel momento á nadie; la cosa encontrada, perdida ó abandonada por su propietario, no está en posesión; y sabido es que los romanos admiten también la adquisición unilateral de la posesión de las cosas inmuebles no poseídas, cuando la *possessio vel et negligentia domini vacet, vel quia dominus sine succesore decesserit vel longo tempore abfuerit* (L. 37, § 1 de *usurp*. 41, 3). Ahora bien: en esos casos, ¿cómo podría el poseedor probar que había adquirido de un *tercero*? Es, por tanto, cierto que la *causa possessionis*, debe en todo caso recibir más amplia extensión que la que le da Rudorff, abrazando todas las hipótesis en que el derecho romano admite el nacimiento de la posesión.

Examinemos ahora en primer término los casos designados en último lugar, para ver hasta donde nos llevaría la necesidad de probar la adquisición.

Yo he cazado algunas piezas, recogido el tesoro, pero nadie estaba presente para poder atestiguar mi adquisición. Según Rudorff, me encontraría en la imposibilidad de probar mi posesión porque la simple exterioridad no basta; como para los demás derechos es preciso probar la adquisición. Este resultado se condena por sí mismo, y estoy seguro de que el propio Rudorff no

hubiera vacilado en prescindir de la prueba del *acto* de adquisición. Pero si esto pasa con estos casos, ¿por qué no ha de ser lo mismo cuando se trata de uno que haya comprado la caza al cazador ó el tesoro al inventor? Si estos últimos no tienen necesidad de justificar cómo han entrado en posesión de la cosa, ¿por qué han de hacerlo los otros? Si les basta decir que han cazado la caza ó encontrado el tesoro, ¿por qué no bastará decir en su caso que se ha comprado la cosa? Por lo demás, si esto no bastara, el interesado tendría el camino abierto con sostener que ha encontrado la cosa. Ahora bien: ¿qué haría el Juez en este caso? Una de dos: ó los creería en ambos casos, ó bien en ambos les impondría la prueba.

Los romanos reconocían como poseedores aun á los bandidos y á los ladrones. Podían estos también intentar el *interdictum utrubi*. Según Rudorff, estos hubieran debido, para sentar su posesión, probar nada menos ¡que habían robado, ó adquirido violentamente la cosa!

Ya antes he dicho lo que me parecía de la singular relación que la necesidad de probar la *causa* hubiera establecido entre la acción posesoria y la *publiciana*. Cuando *un bonæ fidei possesor* intentaba en Roma esta acción, le bastaba probar la *causa*, y la posesión obtenida por medio de ella; cuando intentase el *interdictum utrubi*, hubiera debido probar además la más larga duración de su posesión durante el año precedente *(major pars anni)*. ¡Según esto, un posesorio obliga á una prueba *más difícil* que un petitorio!

Veamos las pruebas que el autor citado presenta de su «verdadera teoría de las pruebas romanas». No hay otra que el pasaje de Gayo IV, 166. antes citado, que no dice una palabra de la manera como la prueba debe ser procurada, sino que se limita á ordenar al Juez que investigue cuál de las partes la posee. Barón había á lo menos presentado *un punto* de apoyo tomado de las fuentes, en pro de la teoría de la causa, á saber: la designación de la causa en el *interdictum* de *superficiebus*. Rudorff no encuentra aceptable este argumento. Declaro que no he sido capaz de explicarme su respuesta, por lo que la reproduzco textualmente, dejando al lector el trabajo de adivinar lo que el autor ha querido decir.

«La *lex locacionis*, dice, limítase aquí ha precisar los límites convencionales de la superficie, y no el punto de partida de la posesión; en otros términos, precisa la *causa próxima*, no la *remota*. ¿Por qué sin eso faltaría la causa en todos los interdictos posesorios de aquel que posee á título de propietario?»

Según esto, porque el Pretor no la nombra en estos últimos interdictos, ¿no debe dársele importancia allí *donde la exige expresamente?* En lugar de sentar que allí no la exigía, nos enseña algunas líneas más abajo que era necesaria, y en lugar de proponerse la cuestión, que parece imponerse también, relativa á saber si por acaso no habría sido tratándose de la *juris possessio* en la superficie, de una manera distinta, que tratándose de la posesión de las cosas, pasa rápidamente sobre la *lex locacionis* del interdicto en cuestión, afirmando que se reduce á precisar los límites convencionales de las superficies. ¿Es que el Pretor no se había fijado en la cosa capital, esto es, en que se trataba del establecimiento de una *superficie* EN GENERAL? Para conocer la esencia de una cosa hace falta conocer la cosa misma. La instrucción que el Pretor daba al Juez de este interdicto, según Rudorff, debería de haber sido la siguiente: no tiene que preocuparse con la *existencia* de las *superficies*, sino tan sólo con los *límites* del derecho superficiario. Si el Pretor no hubiera impuesto al Juez la cuestión de la existencia de la *superficie*, ¿para qué habrá distinguido dicho Juez el superficiario del arrendatario ordinario? La relación exterior es exactamente la misma; ambos ocupan la casa ó el piso; el elemento decisivo no puede, pues, estar más que en la circunstancia de que el derecho de uso ha sido concedido á uno de ellos bajo forma de *superficies*. En la protección posesoria del usufructuario debe haber pasado lo mismo; no podía bastarle probar tan sólo el *uti frui*, que no tiene otro aspecto en él que en el arrendatario y en el colono; ha debido valerse de la *causa*, es decir, del establecimiento del usufructo—por testamento ó intervivos (1). En la petitoria,

(1) Savigny tampoco aquí (p. 477) menciona la cuestión de la prueba; pero, sin embargo, no debió de pasarle inadvertida la confusión posible de la relación posesoria del usufructuario con la del colono, puesto que cuando habla de la adquisición de la cuasiposesión del primero (474) exige, sin decir mas, que los actos hayan sido ejecutados teniendo como objetivo el usufructo.

tanto en uno como en otro caso, debía probarse que la relación se había establecido por el propietario; en la posesoria bastaba el acto exterior de establecimiento como tal. Las fuentes nos dejan aquí sin apoyo: la mención *legati nomine... uteris frueris* en Vat. fr. § 90, en el *int. quod* LEGATORUM, se explica por las condiciones de este *int.* y no permite sacar sus conclusiones para el *interdictum uti possidetis utile.*

En cuanto al argumento negativo que contiene contra su opinión el texto ya invocado de Pablo, que declara suficiente la prueba de la exterioridad de la posesión, Rudorff lo esquiva diciendo que ese pasaje se refiere sólo al derecho de la *lex Cincia*. Cierto es que Pablo hace esta advertencia á propósito de la donación (V. 11, § 2, de *donationibus*), pero Rudorff se ha olvidado por completo el indicar cómo la pretendida relación de ese pasaje con el derecho citado, podía disminuir la fuerza probatoria en general; lo cual prueba que no tenía idea clara de estos puntos. ¿Qué hay, en efecto, de común entre la *lex Cincia* y la prueba de la posesión? La única disposición que contiene sobre la posesión, consistía en la necesidad de esta última para la perfección de la donación de *personæ non exceptæ*. Esta posesión, para las cosas muebles, debe haber durado bastante tiempo, para que su restitución no pudiera ya ser reclamada por el donante por medio de *inter. utrubi* (1), debiendo sin duda el donatario hacer esta prueba de la posesión prolongada. Pero nada más. Lo que lo demuestra, es que en el pasaje citado de los fragmentos del Vaticano, Pablo, cual si hubiera previsto la objeción de Rudorff respecto á la posesión de la *lex Cincia*, añade expresamente: *probatio traditæ vel* NON *traditæ possessionis non* TAM IN JURE QUAM IN FACTO *consistit*, ó en otros términos; en cuanto á la cuestión de la posesión importa poco que la donación fuese válida ó nula *(probatio non in jure consistit)*. Esta cuestión es aquí, como en todos los casos, más para cuestión de hecho *(in facto consistit)*, añadiendo como conclusión: *ideoque sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam.* Como es precisamente lo contrario del

(1) Vat. fr. § 293: *majore tempore a vobis anni possessa avocari non possunt.*

aserto de Rudorff, la *lex Cincia* no tiene nada de común con la cuestión de posesión; por tanto, lo que Pablo dice aquí de la prueba de la posesión es verdad *en absoluto*, la prueba de la *causa* no es necesaria.

Para acabar de presentar las confusiones del autor citado, nos dice en otro sitio (p. 637), donde invoca el pasaje de Pablo, que se adaptaba al principio de que la posesión de hecho de la cosa dada sería decisiva, olvidando por completo que, según la pág. 691, esta prueba no basta, por ser necesaria también la la de la *adquisición* de la posesión.

El lector con lo que precede puede ver lo que vale la *verdadera teoría de la prueba romana*, del escritor de que hablamos. Mi pluma se resistía á descubir todo este baturrillo de afirmaciones sin fundamento, cuyo alcance no se percibe, de conclusiones evidentemente falsas, de argumentos en el aire, y de contradicciones intrínsecas; pero era necesario exponerlo todo para el desempeño de mi tarea. No conozco en toda nuestra literatura otro ejemplo de una tan grande y compleja confusión como esa; para expresar graficamente toda la imperdonable falta de ideas, de que da muestra en el espacio de esas tres páginas Rudorff, se me ocurre siempre compararla con el trabajo de un niño que trata de arreglar su reloj que no marcha como el desearía.

Después de Rudorff, Randa (1) ha tocado también la cuestión de la prueba en la posesión; pero se limita á tocarla porque no puede estimarse lo que dice como una solución. Limítase á decir estas palabras: «Si aprehendiendo la cosa el poseedor ha *expresado* su voluntad de apropiársela, la prueba de esto sólo es decisiva, porque precisamente la voluntad de poseer depende de su libre arbitrio. Si no la hubiera manifestado expresamente, fuera del juramento inadmisible en el procedimiento posesorio, no queda más que la prueba *de indicios*.»

La declaración expresa. Quisiera saber dónde y cuándo se ha visto una. Por mi parte, yo he tomado durante mi vida posesión de una innumerable cantidad de cosas; pero aun siendo ju-

(1) *Der Besitz nach österr. Recht*, 3.ª edic. p. 372.

rista, y como tal conociendo muy bien la importancia práctica que para mi relación posesoria tiene la consignación de mi voluntad de poseer, nunca se me ha ocurrido declarar mi *animus domini*, y para decirlo todo, jamás me he preocupado por saber si obtenia la posesión ó la tenencia. Me he portado como cualquiera que toma una cosa sin fijarse en si se hace poseedor ó tenedor de ella. Ahora bien; si yo, que conozco muy bien la distinción entre la posesión y la tenencia, no me he cuidado de hacer esta declaración de mi voluntad de poseer, ¿cómo esperarla de un hombre cualquiera que no tiene idea alguna de semejante distinción? Es preciso decir aquí, siguendo á Celso, en la L. 38, § 2, *de act. empti.* (19. 1): *nihil de ea re neque venditor neque emtor cogitaverunt, ut plerumque in ejus modi rebus evenisse solet.* Dejemos, pues, la declaración de la voluntad de poseer allí donde ha surgido: sobre el papel; nada tiene que hacer en otra parte.

Sin duda que si esta declaración pudiera ser hecha ante el Juez, tendría una cierta utilidad. En ese caso, realmente la cuestión se decidiría inmediatamente, pues quisiera, en verdad, ver qué parte una vez aleccionada de antemano por el Juez sobre la esencia de la voluntad de poseer y sobre las consecuencias prácticas de la misma, no respondería afirmativamente á la cuestión de saber si realmente tiene ésta voluntad. Es de sentir, que ese medio de manifestarse la voluntad de poseer por una declaración, se rechace del procedimiento. Y queda sólo la declaración en el momento de la aprehensión, exigida por este autor, declaración que cabalmente no se hace nunca.

Los indicios.—¡Si el autor hubiera añadido á lo menos una palabra más !Es imposible que le fueran desconocidas las explicaciones de Barón y de Rudorff: sabría, pues, qué dificultades ocasiona en la práctica la prueba por indicios de la voluntad de poseer, qué trabajo inútil se le ha consagrado, y lo que ambos autores citados han dicho del asunto. Sin embargo, guarda un silencio completo acerca del caso. ¿Qué significa esto sino que ha tenido muy poderosas razones para eludir la cuestión de la prueba de la voluntad de poseer? Y ha hecho bien por lo demás, y Savigny, lo mismo así como casi todos los otros autores, excepción hecha de los dos citados, la teoría de la dualidad de

la voluntad de poseer no puede sostenerse si no se examina la cuestión de la prueba; esta cuestión es el escollo contra el cual se estrella inevitablemente.

Seguro estoy de que arrojaría una luz muy viva sobre el papel de la cuestión de la prueba en materia de posesión, comparándola con el que desempeña en las demás relaciones de derecho real, donde se representa el elemento de la posesión: *tenencia, bonæ fidei possessio, propiedad.*

El carácter distintivo de estas últimas relaciones consiste en que la prueba se dirige hacia el *pasado*, mientras que la posesión se refiere al *presente*. Además, en materia de posesión recae sobre el puro *hecho* de la voluntad de poseer, realizada en la relación exterior con la cosa, mientras que en las demás relaciones recae también sobre otro elemento de naturaleza jurídica, esto es, la *causa* (1), á la cual se añade, además, para la propiedad un tercer elemento (v. luego).

La gradación de la prueba puede, pues, presentarse bajo el siguiente esquema.

1. La posesión

Basta la mera exterioridad de la relación posesoria, sin que sea precisa aun la prueba de la voluntad. La posesión aparente implica la voluntad de poseer. La situación es la misma que en las relaciones obligatorias. En la venta y en el arriendo no se exige y no se prueba el *animus vendendi, locandi;* lo mismo debe pasar con el *animus possidendi* en la posesión. La voluntad de poseer que desempeña un papel tan grande en la teoría reinante, no se manifiesta jamás en la aplicación práctica del derecho, porque concuerda con la posesión aparente de un modo tan completo, como la voluntad de vender ó de arrendar con la venta ó el arrendamiento aparentes.

---

(1) No debe olvidarse que aquí, como en lo que precede, me he fijado sólo en la tenencia *contractual*, única de que se trata en la teoría subjetiva.

2. Tenencia y bonæ fidei possessio

La primera representa el *minimum* de la posesión; la segunda el *maximum*. En la posesión está la balanza en el fiel. La tenencia, nos representa la inclinación en un sentido, la *bonæ fidei possessio* en otro. En una y otra se pone un elemento en la balanza que produce el desequilibrio: en la primera es un elemento *negativo*, que excluye la eficacia normal de las condiciones legales de la posesión, nuestro factor $-n$; en la otra es un elemento *positivo* que la aumenta, el título ($= + t$). En ambos casos, es un elemento de naturaleza *jurídica* que obra en el *pasado* y que produce este efecto, y de *ordinario* es un contrato (1). En la tenencia enderezase á la concesión *pasajera* de la cosa, en la *bonaæ fidei possessionis* á la concesión DEFINITIVA.

3. La propiedad

Á la posesión y á la *causa* añádese aquí, en dos casos, á saber: en la tradición y en la usucapión, un tercer elemento; en el primero, es la propiedad del autor primitivo ($= + e$), y en el segundo, la duración de la posesión ($= + d$); en la *occupatio*, la causa desaparece, poniéndose en su lugar la falta de dueño ($= + h$).

Las fórmulas de las cuatro relaciones citadas revestirán, pues, con relación á la prueba, el aspecto siguiente:

para la posesión: $a + c$
para la tenencia: $a + c - n$
para la *bonæ fidei possessio:* $a + c + t$
para la propiedad: $a + c + t + e$
otro caso: $a + c + t + d$
$a + c + h$.

Como en esas cuatro relaciones la voluntad individual no hace inclinarse la balanza hacia ningún lado, resulta que el derecho de las cosas goza, respecto de la organización práctica de la prueba, de una gran ventaja comparada con el derecho de

(1) No tendría interés indicar aquí los casos en que esas dos relaciones pueden nacer sin contrato.

las obligaciones. Los sucesos obligatorios pueden ser de tal naturaleza que, según la diversidad de la voluntad individual, impliquen ya tal acto, ya tal otro, ó, en otros términos, que ese estado exterior se aplique al uno ó al otro. El fiel de la balanza está aquí representado por la *voluntad individual,* que, por tanto, debe ser probada en cada caso. Encuéntranse ejemplos de la promesa reiterada, que puede ser hecha, tanto como estipulación accesoria ó constituída, cuanto como novación, y en los adelantos por otros, los cuales se concilian también lo mismo con el *animus donandi* que con el *animus negotia gerendi.* La primera relación, como es sabido, ha llamado de un modo extraordinario la atención de los juristas romanos. Teniendo en cuenta la dificultad para el Juez de comprobar la voluntad en un caso dado, han considerado conveniente acudir en su auxilio para el establecimiento de toda especie de *criteriums* (y no de presunciones) (1) en favor del *animus novandi.* El juicio que Justiniano ha formulado á tal propósito, con ocasión del remedio que de ese modo concedía (2), es conocido y constituye un testimonio elocuente de la incertidumbre de este *método individualista de la prueba,* como yo le llamo. El legislador no puede, por desgracia, excluirle completamente, pero siempre que pueda debe hacerlo. Puede decirse, en honor del derecho romano, que ha hecho en éste todo cuanto le fué posible. Tenía para eso un medio muy útil en la *forma* de los actos jurídicos; v gr., *la forma de la estipulación* para distinguir una promesa hecha con una intención jurídicamente obligatoria, de otra hecha con una intención jurídicamente no obligatoria; la *forma del testamento* para prevenir la confusión de la aseguración no obligatoria de un proyecto de última voluntad con la disposición de la última voluntad misma; la forma de la *emancipatio* y de la *in jure cessio* para distinguir la servidumbre predial de la convención de vecindad simplemente obligatoria ó de la concesión precaria de su ejercicio. Servia para el mismo fin también la *traditio*, que separaba el efecto de *derecho real*

---

(1) La ley establecía *presunciones;* el jurista *criterios.*

(2) L. ult. Cód. de Nov. (8 42) *Novationum* NOCENTIA *corrigentes* VOLUMINA *et veteris juris* AMBIGUITATES *resecantes.*

del contrato, del *obligatorio*. Allí donde la forma faltaba, como en las convenciones del *jus gentium*, los romanos habían recurrido á la fijación exacta de las *condiciones legales relativas á la materialidad del derecho*. Los contratos á quienes faltaba, bien sea la forma, bien las condiciones de derecho materiales, no tenían acciones.

La desaparición en el derecho actual de las formas romanas para el derecho de las obligaciones y de las cosas, ha producido una laguna que puede ofrecer graves inconvenientes, cuando las partes no han indicado expresamente la relación que han querido producir. ¿Los dos vecinos se han propuesto crear una servidumbre predial, ó personal, una convención obligatoria ó un precario? Los términos de que se han servido pueden ser tan vagos, que no den noticia alguna á este propósito. En tal caso, sólo resta interpretar la voluntad individual según las circunstancias. No necesito decir cuán aventurado es esto. La cuestión misma, relativa á saber si la parte que ha hecho á otra una promesa, por ejemplo, de acudir en su auxilio por un préstamo en caso de necesidad, ha querido con ello ligarse jurídicamente, ó tan sólo declarar de una manera no obligatoria en derecho su deseo de ayudarle, puede producir muchas dudas, según las circunstancias. Entre los romanos la necesidad de la estipulación impedía la duda.

Sólo faltaba que la necesidad de la tradición fuese abolida en los contratos relativos á la transmisión de la propiedad, para que aquí también surgiera la cuestión de la voluntad individual, y con ella una incertidumbre muy perjudicial para las relaciones. Esta consideración es la que me indispone contra la corriente, que se manifiesta cada vez más fuerte en nuestra literatura actual, y que tiende á la eliminación del acto exterior de la tradición. Y no es que yo crea que motivos deducidos del *fondo* del derecho, deben atenernos á la tradición, y que no sepa yo elevarme hasta la idea de que la propiedad pueda ser independientemente de la posesión para su *establecimiento*, cual lo es para su *mantenimiento*. Lo que me mueve en este caso son razones tan sólo de carácter *procesal*. Veo en la tradición un signo muy parecido de la transición del estado *obligatorio* al de *derecho real*. Con la abolición de la tra-

dición, la cuestión de saber si la parte no ha querido más que obligarse, ó si ha transferido la propiedad, se expondría en muchos casos á las mayores dificultades: en lugar de la prueba relativamente fácil del acto de tradición, pondríase la tan difícil de la voluntad individual.

La prueba de la voluntad puede revestir una triple forma, que designaré con los nombres de método *absoluto*, *relativo* é *individual*.

La absoluta.—He dado de ella una idea antes en el ejemplo del contrato de venta y de la posesión. Su carácter consiste en que las condiciones legales de la solución se han fijado de una manera tan precisa, que implican la voluntad. La llamo de método absoluto, porque la existencia puramente aparente de las condiciones dichas, basta para excluir toda duda sobre la existencia de la voluntad.

La relativa.—Se presenta en la tradición para la propiedad. El acto exterior, como tal, no enseña si la propiedad debe ser transmitida (1); en efecto, puede la tradición implicar, según la diversidad de las circunstancias, la transmisión, bien sea de la propiedad, bien de la posesión, ó bien de la tenencia. Para averiguar la intención de la transmisión de la propiedad cuando no resulte expresa, es preciso, pues, acudir á un elemento que no esté contenido en el acto exterior mismo (2), y he ahí por qué llamo á este método *relativo*. Encuéntrase la forma absoluta de la prueba, con relación á la voluntad, en la transmisión de la propiedad, en la *mancipatio* y en la *in jure cessio*. La voluntad de transmitir la propiedad resulta ahí del acto mismo, que tenía exclusivamente tal destino. El fin perseguido en esas formas hállase contenido en el acto mismo: en la tradición está situado fuera.

La individual.—La he presentado antes en el *animus novandi* y *donandi*. Análogamente á la forma del método relativo, encuéntrase frente á varias fases posibles de los actos, entre los cuales ella elige; pero mientras aquélla, para responder á la

(1) V. la conocida regla de la L. 31, pr. de A. R. D. (41·1): *nunquam nuda traditio transfert dominium.*

(2) Continuación del texto citado en la nota anterior: *sed ita si venditio aut* ALIQUA JUSTA CAUSA PRŒCESSERIT.

cuestión del fin, tiene el recurso de acudir á la *causa*, ésta debe responder únicamente por el acto mismo, esto es, por las circunstancias que ofrece este para interpretar ó descubrir la voluntad.

Con respecto á las dificultades que puede ocasionar la cuestión de la voluntad, el método de prueba individual ocupa el *primer* lugar, el relativo el *segundo* y el absoluto el *tercero*.

No he hecho esta indicación final acerca de los tres métodos de prueba de la voluntad, sino con el objeto de poner de relieve fácilmente el contraste que existe, con relación á la voluntad de poseer, entre la teoría posesoria reinante y la mía; según, mi teoría, la prueba de la voluntad de poseer tiene la forma *absoluta*, es decir, la relación posesoria implica la voluntad de poseer; según la reinante, tiene la forma individual, es decir, que debe ser probada en cada caso particular.

X

La prueba político-legislativa.

La prueba á que hemos sometido la teoría subjetiva en el anterior capítulo desarróllase ante el Juez; ésta ante el legislador. No se ha practicado jamás hasta ahora. Ninguno de los partidarios de esta teoría ha intentado, que yo sepa, justificar, desde el punto de vista político-legislativo, la oposición entre la posesión y la tenencia, ni con respecto á la idea fundamental por la cual se ha dejado guiar, según se cree, el derecho romano: la dualidad de la voluntad de poseer, ni con respecto á la aplicación que ha hecho de ella á las relaciones aisladas. Los casos mismos en los cuales se admite que ha prescindido de esta idea, es decir, los de la posesión derivada, no han procurado á la teoría reinante la ocasión de tocar la cuestión más de cerca; antes bien pasa de largo añadiendo la frase desprovista de sentido, según la que tales casos han sido producidos por causas prácticas ó históricas, pero sin exponer estas últimas.

El punto de vista en que se coloca en esta teoría, no es, pues, más que un puro y frío *positivismo*.

Tal es la disposición del derecho romano. ¿Qué motivos ha tenido para ello? Cosa es que no preocupa á la teoría; su misión limítase á la exposición de las reglas positivas del derecho romano. Sólo una vez, algunos partidarios de la teoría subjetiva, se han separado de esta línea de conducta, intentando deducir *a priori* la posesión romana de la naturaleza de la vo-

luntad (1). Se ha acudido aquí como en tantas otras ocasiones á la lógica del derecho, para explicar y justificar las disposiciones positivas, pero en realidad, todo se ha limitado á deshacer el camino propio de la idea político-legislativa, única en situación de desempeñar esa tarea. ¿Por qué, se dice, buscar la justificación ó la necesidad legislativa de una disposición positiva, cuando se ha sentado que ésta no puede ser más que lo que es, y que al legislador no le toca otra cosa que inclinarse ante los dictados de la lógica?

No es este el lugar más adecuado para extenderme acerca de la pretensión de subordinar al legislador á la lógica del derecho (2). En mi concepto, su relación con ésta es sencillamente la siguiente: cuando conduce á resultados prácticos aceptables, la acoge; si no, la rechaza. El legislador no puede hacer otra cosa si quiere responder á su misión, y el derecho romano no se ha separado de esta línea de conducta. Precisamente contiene ejemplos muy notables de esto la doctrina de la posesión. En principio, la posesión hubiera debido cesar inmediatamente de producirse la locura; por motivos prácticos, el derecho romano la deja continuar. En principio, la extinción de la posesión por la muerte del poseedor, hubiera debido interrumpir la usucapión; el derecho romano deja que continue. Teóricamente, el poseedor debería perder la posesión á consecuencia de la ocupación de su fundo en su ausencia; pero la conserva. Conforme á la teoría subjetiva, en principio debería haber tenencia en los casos de posesión derivada, y hay posesión. ¿Qué es lo que ha producido todas esas desviaciones de la lógica del derecho? Sencillamente el interés práctico. Ahora bien; un derecho como el romano, que no ha vacilado en sacrificar por consideraciones prácticas los principios por él mismo reconocidos, ¿es posible que se dejase imponer por

---

(1) Examinaré los detalles en la ojeada acerca de la historia literaria (XII).

(2) Haré ésto en mi obra sobre el fin en el derecho *(Zweck im Recht)*. Encaminase esta, según mi plan originario, á poner de relieve el elemento teleológico frente á la importancia exagerada que la opinión reinante da al elemento lógica en el derecho.

la lógica jurídica la idea fundamental de toda la doctrina posesoria sin atender á las exigencias prácticas? De ningún modo. Las explicaciones que siguen, demostrarán si la idea de la dualidad de poseer se presta á ser traducida en ley. La teoría de la voluntad va á ser sometida á la prueba á presencia del legislador. El legislador ve en primer término ante sí la teoría de la voluntad abstracta; ésta le indica que al establecer la distinción entre posesión y tenencia debe guiarse por la idea de la diferencia intrínseca de la voluntad de poseer, decidiendo, según ella, si hay posesión ó tenencia; ¿y qué responderá aquél? Las mismas consideraciones que en tantos casos me han determinado á decidir cosa distinta de lo que teóricamente se indica, tienen para mí el mismo peso cuando se trata de saber si en la posesión derivada debo admitir la posesión ó la tenencia. Si porque el acreedor con prenda no tiene la verdadera voluntad de poseer, yo le negase la posesión para concederla á quien constituye la prenda, daría á éste la facultad de tomar la cosa del acreedor, lo que es inconciliable con la seguridad de la posición jurídica del acreedor, colocándole en la extraña situación contradictoria de concederle la *in rem actio* para obtener la cosa, sin concederle protección alguna para *conservarla*. Las mismas consideraciones son también decisivas para mí con relación á los *jura in re;* caería en contradicción si quisiera concederle la protección enérgica de la *in rem actio,* y al propio tiempo negarle la más débil de las acciones posesorias. La teoría puede explicarse eso como le acomode, recurrir á una *juris possessio* ó á una *corporis possessio* excepcional, dispensada de la verdadera voluntad de poseer, nada me importa; por mi parte me atengo á la regla práctica de que esas personas serán protegidas posesoriamente, ó lo que es lo mismo, que esas personas tienen la posesión.

Algunas legislaciones modernas, por ejemplo, el derecho prusiano, han llegado más lejos aún en este camino de extender la posesión á los casos de posesión derivada, á pesar de la falta del *animus domini*. Llegan á dar un derecho real al colono y al inquilino. El derecho prusiano no ha hecho más que restaurar, con algunas modificaciones, las disposiciones del antiguo derecho germánico, que concedían la *gewere* al colono del derecho

común al igual que al feudatario (1). El derecho romano reconocía la posesión en materia de posesión derivada, aun para las cosas muebles, en tres casos: prenda, precario y secuestro.— ¿No podría la legislación ir más allá aun en el camino de la posesión respecto de esas cosas? Cuestión es esta que reservo para la conclusión de esta obra. En todo caso, la legislación no debe dejarse dominar por la objeción de que el *animus domini* falte: si ha pasado por encima de tal consideración en tales casos, puede hacer lo mismo en otros. La teoría de la voluntad abstracta no resiste, pues, su prueba ante el legislador; éste la ha rechazado como inaceptable en una porción de casos. Sea, dirá, la teoría, pero son casos excepcionales; en los demás, ¿la reconoce en virtud de la fuerza de la lógica? Ya hemos visto que no se ha sometido á ella en los casos de posesión derivada; y, ¿por qué? No puede ser sino porque la situación que la teoría subjetiva supone lógicamente indicada se realiza en ciertos casos y no en otros. La consideración que le ha determinado á rechazarla unas veces, le ha impulsado á aceptarla otras. Una misma idea le permite en la posesión derivada admitir la posesión ó la tenencia; tal consideración es la organización práctica de esta relación.

La prueba de que el derecho romano se conforma efectivamente con lo que acabamos de indicar, se dará para las diferentes relaciones particulares en el capítulo de la Teleología de la posesión derivada. La parte que se atribuye la teoría de la voluntad en la posesión romana se reduce á cero, en cuanto se la examina más de cerca. No constituye sino una falsa abstracción teórica, á la cual el derecho romano no ha concedido el menor influjo sobre la organización de la relación de posesión derivada, y á la cual un legislador actual, libre del yugo de las teorías tradicionales escolásticas, tampoco debe concedérsele. Es una idea absolutamente estéril para la legislación, cuyo puesto está en los libros y no en un código, y cuya última hora, hasta en los libros, espero que sonará algún día.

Desde el punto de vista del derecho romano puede admi-

(1) Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, V. 2, p. 17, not. 25. Heusler. *Instit. des deutschen Privatrechts*, V. 2, p. 31.

tirse ó rechazarse la teoría de la voluntad abstracta, sin que de ello resulte la menor consecuencia práctica. Sólo presenta un interés exclusivamente teórico, el de saber si en la organización de la relación de tenencia contractual relativa se ha dejado guiar el derecho romano por consideraciones lógicas ó prácticas. Fuera de la cuestión de la prueba, de que hemos tratado antes (IX), esta teoría no implica consecuencias falsas para la práctica.

Ocurre cosa muy distinta con la teoría de la voluntad individual. Tiene ésta por principio la libre autonomía de la voluntad, con relación á la tenencia y á la posesión. Ya hemos sentado que la teoría reinante, en la forma bajo que ella misma se presenta, no *puede* ser entendida más que en ese sentido, y así *quiere* ser entendida. Basta, para demostrarlo, recordar las palabras citadas más arriba de Randa: la voluntad de poseer es cosa del *libre arbitrio* del poseedor.

Pasa con estas ideas generales lo que con los objetos lejanos. Mientras se les contempla á lo lejos, se corre el peligro de engañarse; pueden tomarse nubes por cadenas de montañas y espantajos por hombres. Sólo cuando se ven más de cerca, se desvanece la ilusión del sentido. Hagamos esta experiencia con la idea de que se trata: acerquémonos á ella lo suficiente para verla tal cual es.

La voluntad de poseer, se dice, *es cosa del libre arbitrio*. Tomemos esto muy en serio. Comencemos á este fin por admitir provisionalmente como real una hipótesis que no se realiza nunca, según veremos: las personas interesadas conocen la distinción entre la voluntad de poseer por sí y la de poseer por otro; conocen también las consecuencias que esto tiene para ellos; en suma, conocen la distinción entre la posesión y la tenencia. El derecho les dice: podéis elegir libremente entre la tenencia y la posesión, poco importa el acto jurídico; podéis elegir, declarando que queréis tener la cosa para vosotros ó para otro, es decir, poseer ó tener.

Veamos ahora adonde nos lleva esto, y si el legislador puede aceptar las consecuencias que implica el principio de la libre autonomía de la voluntad. Toca al derecho romano responder. Si ese derecho, que se cree guiado por ese principio,

rechaza sus consecuencias, quedará probado que ha tenido tal principio por inaceptable.

Distingamos entre el *nacimiento* originario de la relación de posesión y su transformación ulterior.

I.—El nacimiento

Según la teoría de la voluntad abstracta y la objetiva, la *causa* es la que decide si en la relación de posesión derivada hay posesión ó tenencia, sin que se tome en cuenta la voluntad individual divergente. Según la teoría de la libertad individual, esta última es la que decide. Según ella, pues, puede haber posesión en los casos en que la relación implica la tenencia, y viceversa. Distingamos estas dos hipótesis.

1. *Posesión* en lugar de *tenencia*.—Suponemos, por supuesto, que no quepa duda alguna sobre la existencia de la voluntad de poseer; admitimos á este efecto que ha sido declarada expresamente ante testigos. Examinemos las dos formas que puede revestir la tenencia contractual: por procuración y de propio interés.

La relación de tenencia por procurador. Envío á mi criado á la estación con los documentos necesarios para recoger una mercancía facturada, ó bien envío á un carretero al bosque con la oportuna factura para recoger la leña comprada en la subasta. Entregando los documentos de que son portadores han adquirido la posesión. No tenemos por qué preocuparnos de que el derecho romano decida lo contrario (1); nos limitamos á exponer el punto de vista legislativo, único que ahora nos importa.

La cuestión está en saber si en la representación directa (pues no se trata aquí de la indirecta) puede él legislador conceder este influjo á la voluntad contraria del representante. Plantear la cuestión es resolverla. Valdría esto tanto como minar la institución de la representación; su efecto sería en cada caso particular completamente incierto y dependiente de la voluntad del representante; esto en cuanto á la seguridad de las relaciones. Y no se objete que un representante infiel po-

(1) L. 13 *De donat.* (39-5): ... *nihil agit in sua persona, sed mihi acquiret.*

dría también arrebatar la cosa de que ha tomado posesión para su mandante, siendo esto un peligro como el otro. Eso es cierto en cuanto á la posesión, pero no en cuanto á la propiedad. De la cuestión de posesión depende aquí también para el representado la de propiedad. Si el representante ha adquirido la posesión para sí, su mandante no se ha hecho propietario por él. La situación puede tener consecuencias temibles para el representado. Imagínese, por ejemplo, el caso en que el expedidor de la cosa ha quebrado ó ha muerto; en tales casos, sin transmisión de la posesión, la propiedad tampoco hubiera pasado á él (1), lo que según las circunstancias puede equivaler á la pérdida de la cosa. La situación sería aun más peligrosa en el caso de adquisición *originaria* de la propiedad, por ejemplo, por *occupatio*, especificación, que en el de transmisión de la prodad por tradición, donde á lo menos la *propiedad* no pasa al adquirente desleal, sino que queda en el transmisor. En los casos, en efecto, donde la adquisición de la propiedad se liga al *acto exterior* como tal, el representante adquiriría al propio tiempo la posesión y la propiedad por la declaración de que realizó este acto en su propio nombre por sí mismo. Los peces pescados, los animales cazados, pertenecerían al criado del pescador, al guarda del cazadero; los cigarros fabricados á las cigarreras, el vestido al oficial de sastre (2). Paréceme indiscutible que, á pesar de su voluntad contraria, todas esas personas, según el derecho romano, adquirirían la posesión y la propiedad para el amo. Lo que el pasaje citado antes decide respecto de la tradi-

(1) L. 9, § 1 *de J. D.* (23 3): ... *jam heredis dominium est, a quo discedere rerum non posse dominium invito eo.* L. 41 de *R. cr.* (12 3): ... *mortuo me ... accipientis non facies.* L. 4 *pr. de man. vind.* (40 2): ... *durare oportet patris voluntatem.* L 15, § 1, *qui et a quo* (40 39).

(2) En cuanto á la ocupación, no conozco ningún texto. Para la especificación me remito á la L. 31 pr. *de don. i. V.* (24 1): ... *quamvis uxoris cura tamen viri esse*, y L. 27, § 1 *de A. r. d.* (41 1): CUJUS NOMINE *factum sit, ejus esse*. Según Savigny, (p. 303), la voluntad de poseer de parte del intermediario no está desprovista de efecto sino en caso de tradición, porque aquí «la intención del transmisor» es la determinante, de tal suerte, que la adquisición de la posesión depende de esta intención; en esto ve una excepción al principio general de la L. 1, § 20, h. t., en la cual relaciona equivocadamente las palabras *cum suo nomine nacti fuerint possessionem*, con la adquisición directa por representante, en vez de referirlas á la indirecta por sustituto. Según él, el intermediario adquiriría en todos los casos más arriba citados la posesión y la propiedad

ción, debe aplicarse también á esos casos. La misma consideración que motiva ahí la falta de influjo de la voluntad de poseer del representante aplícase á estos casos; esto es, la de la seguridad de las relaciones que no pueden prescindir de la representación.

En virtud de todo lo expuesto, creemos que la libre autonomía individual del representante, es absolutamente incompatible con lo que el legislador debe tener en cuenta en la organización de la representación para los intereses de las relaciones.

La relación de tenencia de propio interés.—Ya sabemos cual interés tiene para el señor ó dueño de la posesión en Roma, el mantenimiento de la posesión en la persona. El reconocimiento del principio de la libre autonomía de la voluntad hubiera sido, en materia de arriendos, el sacrificio de la posición jurídica de aquél. El derecho romano no podía consentirlo, lo cual se comprende, sin que sea necesario detenerse á explicarlo.

2. *Tenencia* en lugar de *posesión.*—El caso que suponemos no se presentará jamás; pero es preciso decir lo mismo de la mayoría de aquellos que debemos invocar para practicar la prueba á que sometemos la teoría de la voluntad individual. La responsabilidad del carácter puramente ficticio de mis ejemplos no es cosa mía; es obra de la teoría misma. ¿De qué modo podré probar yo que en la aplicación conduce á resultados absolutamente inaceptables, sino ensayando por mi parte esta aplicación? Una teoría *escolástica* no puede ser examinada sino con ejemplos de *escuela.*

Examinemos, pues, la voluntad individual encaminada á la tenencia en lugar de encaminarse á la posesión que implica la relación que se trata de establecer. El ejemplo de la prenda nos servirá para el caso. El acreedor con prenda es un antiguo estudiante de Derecho, desertor, que recuerda aún que el acreedor de que se trata no tiene el *animus domini,* pero que se ha olvidado que según el derecho romano obtiene la posesión, ó bien son dos exjuristas, que convienen que en ese caso sólo hay transmisión de la tenencia.

¿Con qué ojos contemplará el legislador esta exclusión de la posesión en materia de prenda? No la admitirá, como no admitirá la renuncia á la facultad de enajenar, declarándola nula

por incompatible con el fin del contrato de prenda. Si el acreedor, en su caso, no obtiene más que la tenencia, el deudor puede quitarle la cosa cuando guste; y como la prenda lo que se propone es asegurar el crédito, el legislador que admitiera eso, caería en la contradicción antes indicada, de dejar sin protección posesoria á aquel que él protege con el petitorio, mediante la *actio hypothecaria*.

II.—Transformación de la relación posesoria.

Cual si el derecho romano hubiera previsto la teoría de la voluntad individual, ha procurado desde los tiempos más antiguos salirle al paso. Lo ha hecho por medio de la regla formulada por la jurisprudencia antigua (*veteres*): *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Más adelante (XV) la examinaré *dogmáticamente* al tratar de la teoría posesoria de los juristas romanos. Ahora sólo debemos tratar de la cuestión relativa á saber si *legislativamente* ha alcanzado su fin.

Son posibles dos hipótesis: transformación de la tenencia en posesión, transformación de la posesión en tenencia.

1. *Transformación de la tenencia en posesión.*—Las consideraciones legislativas que hemos indicado respecto al mismo punto en el *nacimiento* de la relación posesoria, valen igualmente en este caso, teniendo por nuestra parte que rechazar la misma objeción. El tenedor, se puede decir, es dueño de apropiarse de hecho la posesión: en las cosas inmuebles, impidiendo al dueño ejercer actos de propiedad, por ejemplo: reparaciones, nuevas construcciones, visitar los fundos; en los muebles, negando la restitución. ¡Conformes! Pero semejante disposición *de hecho* no se concibe sin que llegue á conocimiento del dueño, y de ese modo pueda oponerse ó acudir á las vías del derecho. La hipótesis de la voluntad de poseer, por el contrario, aun cuando se manifieste en forma de declaración hecha ante testigos, puede realizarse á espaldas suyas. Si el derecho concediese á esta declaración el efecto de que el tenedor obtenga la posesión, el poseedor perdería sin saberlo la posesión; resultado legislativamente inaceptable. El derecho romano ha negado también todo efecto á la ocupación de hecho del fundo de un ausente, mientras no haya llegado á conocimiento del poseedor.

Nuestras fuentes nos ponen en situación de responder á la cuestión de saber cómo los juristas romanos han considerado esta hipótesis del *animus domini*. Con relación á las cosas muebles, se dice expresamente en la L. 3, § 18, h, t: *nec* ANIMO *furtum committitur*, y respecto de los inmuebles resulta esto de los fundamentos siguientes. El colono no puede manifestar más claramente esta voluntad de ser propietario que vendiendo el fundo. Ahora, si por efecto de un arriendo pactado con el comprador, su relación *exterior* con la cosa no cambia, no hay, respecto del arrendador primitivo, ningún hecho exterior que pueda hacerle reconocer que el colono se ha apropiado la posesión, y he ahí porqué su posesión continúa, á pesar del *animus domini* del colono; *prior locator*, dice la L. 32, § 1, h, t, *possessionem per conductorum rectissime retinet*.

Para sostener lógicamente hasta el fin esta condición de la transformación *de hecho* de la relación *(dejectio* del *dominus possessionis)* exigida por los juristas romanos, en interés de la seguridad de la posición jurídica del dueño, no concedería por mi parte ni la más mínima importancia jurídica á la circunstancia de que el tenedor hubiera notificado al dueño que ha adquirido el *animus domini*. Como arrendador, mientras todo queda en el orden establecido, es decir, mientras que el colono no haga actos de propietario, por ejemplo, construcciones, ó no me impida hacer los actos que yo mismo quiera hacer, me tendrá tan sin cuidado, como si cualquiera se acercara á decirme que mi casa le pertenece. No hay para qué acudir á las armas contra palabras vanas. No tengo para qué privar al colono del placer de gozar del *animus domini*. Según la teoría reinante, sin embargo me privaría de ese modo de la posesión, y debería yo para cortarla intentar el *interdictum uti possidetis*. Imagínese este procedimiento. Mi demanda y la sentencia que á ello accede, deberían tender á que el demandante sea condenado á reconocer que no tiene *animus domini*, y que en su lugar tiene el *animus alieno nomine possidendi*.

2. *Transformación de la posesión en tenencia.*—He aquí ya por primera vez un caso de una importancia práctica, real. Es el del *constitutum possessorium*, el único respecto del cual se ha reconocido la posibilidad de la transformación del *animus* en

el derecho romano, según una opinión muy extendida. Dos opiniones se presentan ahora.

La una (1) sostiene que ese caso supone dos actos jurídicos; el primero encaminado á la transmisión de la propiedad de B. á A., venta, donación; el segundo encaminado al abandono del uso de la cosa de A. á B., esto es, al mantenimiento de esta cosa entre sus manos, en *su* interés: arrendamiento, reserva de usufructo (2). Para ahorrar la excesiva lentitud de esa doble transmisión que exigiría para las casas la entrada y la salida de las dos partes, y para los muebles lejanos su expedición y reexpedición, los juristas romanos han sentado como regla que la relación posesoria se establece sin acto exterior; A. se hace poseedor, B. tenedor en su nombre. Celso, en la L. 18, pr. h. t., y Ulpiano, en la L. 77 de R. v. (6 1), tratan de justificar técnicamente el resultado, colocándose en el punto de vista de la adquisición de la posesión por representante. Si Celso se puso en lo cierto, sería preciso negar la transmisión de la posesión y de la propiedad al *accipiens*, en el caso en que el propietario anterior le hubiese otorgado un arriendo hereditario en lugar de uno ordinario, porque aquí no se hace *detentor alieno nomine*, sino que queda lo que era: poseedor; y siendo así, no podría ya hablarse de transmisión de propiedad de la manera indicada antes. Ahora bien; los juristas romanos, ¿han decidido en realidad ese caso de un modo distinto á los otros? Los que conmigo se inclinan á la negativa, han juzgado desde luego el punto de vista de Celso: es una tentativa de construcción

---

(1) Yo mismo lo expongo desde hace más de cuarenta años en mis enseñanzas y contiene la consecuencia necesaria de mi teoria del *animus domini* que se remonta á esta época. Que yo sepa, ha sido expuesta y realmente justificada poco ha por Exner, *Rechtserwerb durch Tradition*, p 141 (1869) y *Verhandlungen des 15 deutschen Juristentags* I, p. 5, s. Por lo demás, según advierte Exner, ya había sido expuesta por Donello. Sobre la literatura anterior, v. Windscheid, *Lehrbuch*, I, § 155, not. 8 8 c.; sobre la más reciente v. Goldschmidt, *Rechtstudium und Prüfungsordnung* (1887), p. 328, not. 139. Bähr, en mi *Jährbucher*, T. 28, p. 328 y siguientes (1888); Kroschel, *Arch. f. civ. Praxis*, v. 72, p. 256 y siguientes (1888).

(2) V., para el arrendamiento, L. 77 de R. V. (61), arg. L. 19, pr. h, t.; para el usufructo v. L. 28, L. 35, § 5, Cód. de donat. (8 54). Entre los romanos añadiase también el *precarium* en materia de prenda, L. 15, § 2, qui satisd. (2 8). Se ha querido explicar asi, fundándose en la L. 2, pro. soc. (17 2), la transmisión de la propiedad en la *societas omnium bonorum*.

frustrada, que, como siempre ocurre, perturba más y más la inteligencia de las cosas. El verdadero motivo de esta simplificación de la operación, está en la consideración práctica indicada, siendo cierto para los casos en que el vendedor conservaba la posesión á consecuencia del segundo acto jurídico, así como para en el que se hace tenedor como consecuencia de este acto. En todos esos casos, el *animus domini* no desempeña el mismo papel; lo que efectúa el cambio en la relación posesoria es tan sólo el concurso de los dos actos dirigidos hacia dos fines diferentes: el *animus detinendi* para nada interviene aquí.

La *segunda* opinión estima que la simple hipótesis del *animus alieno nomine detinendi* basta para transmitir la posesión de B. á A. Refiérese á Celso, cuando este dice: *alium possessorem ministerio meo facio* (L. 18, pr. cit.). Si basta la simple intención de adquirir la posesión por otro como representante, ¿qué importa que la cosa se encuentre en poder de un tercero ó de un representante? Lo que puede en uno lo puede en otro. La única diferencia entre los dos casos estriba en que en el primero, la representación se presenta como una operación independiente, mientras que en el otro existe ya entre las partes una relación jurídica anterior á la cual se adapta. No se advierte la razón de por qué el vendedor y el donador no han de poder, como cualquier otro, tomar la función de representantes. La necesidad de un acto jurídico especial para efectuar la restitución de la cosa del *accipiens* al *tradens*, es absolutamente imaginaria.

Lógicamente, el razonamiento es irreprochable, y sin embargo, es falso. Contra la conclusión que esta opinión saca del punto de vista de Celso, nada hay que oponer; únicamente ha cometido la falta de admitirlo inconsideradamente como exacto cuando no lo es. Es la falta misma en que ha caído la teoría subjetiva, con respecto al *animus possidendi* de Pablo, y á la cual debemos toda la doctrina del *animus domini*. Erígese en *principio jurídico práctico*, una *verdad dogmática* de un valor general, un punto de vista *constructivo* formulado por un jurista romano con el único objeto de justificar *técnicamente* cierto hecho jurídico. Antes de atribuirle ese valor, se hubiera debido preguntar si el derecho positivo lo reconoce, lo que en verdad no se ha hecho. De este modo se ha llegado á resultados que no

sólo están en contradicción con el derecho positivo, sino que ni *siquiera pueden* ser admitidas por él. Como que de seguro se hubiera visto claro con un poco de circunspección. Nada se ha tenido en cuenta bajo el influjo del deseo ciego de sacar todas las consecuencias lógicas. La verdadera lógica no mira á su derecha ni á su izquierda; sigue recta sin preocuparse con los obstáculos que debería vencer en su camino, es como una bala disparada.

Voy á practicar las dos pruebas que no han practicado los defensores de esa opinión. La una, pondrá de manifiesto que el derecho romano *no ha admitido* las consecuencias que saca de la indicación de Celso, y la otra, que *no podía* admitirlas.

El derecho romano no ha admitido tales consecuencias (1).

Encuentro un argumento, que lo prueba de un modo perentorio, y que no ha sido aun utilizado, que yo sepa, en la actitud del derecho romano frente á la tradición en caso de donación de *todo un patrimonio*. Era el caso en que se podía imponer la sustitución de la tradición real por una ideal: en adelante designaré con ese nombre la tradición que resulta de la declaración hecha por el *tradens* de que quiere poseer á nombre del *accipiens*. Por tal modo se podría fácilmente ahorrar la fatigosa lentitud que implicaba la tradición de todas las cosas por separado. ¡Oh estúpidos romanos! ¡Cómo no se les habrá ocurrido, que lo que les era fácil en el caso de tradición de una sola cosa, podían también hacerlo para una porción de ellas juntas, y que lo que era cierto en singular, debía serlo también en plural! Preferían por lo visto, tomarse el trabajo de hacer la tradición de todas esas cosas una por una...

Aquellos juristas no estaban á la altura de la lógica de la ciencia actual; no les hubiera venido mal, á lo que parece, ir á la escuela de nuestros juristas modernos, para aprender que realizar la tradición en ese caso es un mero juego de niños.

Idéntica dificultad se oponía á la sustitución de un fideicomiso universal. La validez *jurídica* de este no reclama más

---

(1) *Vat. fragm.*, § 263: *si neque possessionem* RERUM SINGULARUM *tradidit.... nihil egisse placuit.* L. 42 pr., de *m. c. don.* (39 6): ..... *cum bonis suis* TRADITIONIBUS FACTIS..... *donationis causa cessisset.* Del propio modo, en la venta de una herencia, L. 14, § 2, *de her. vend.* (18 4): *res hereditarias* TRADERE *debet.*

que la declaración del heredero de que restituye; ¿podra creerse que esos mismos juristas romanos, que exigían en el caso antes dicho la tradición real, hayan persistido en ser consecuentes, subordinando aquí la transmisión de la *posesión* á la misma condición, y sometiendo al heredero fideicomisario á los mismos principios que al heredero directo? ¡No! El derecho *hereditario* se adquiere por una simple declaración: la *posesión* por la aprehensión.

¡Cosa extraña á la verdad! ¡Qué contradicción la del derecho romano! En la SOCIETAS *omnium bonorum* reconocía el punto de vista del *constitutum possessorium;* en la DONATIO *omnium bonorum,* no. Pero, ¿es el derecho romano? Es Gayo quien ha establecido ese punto de vista; el derecho romano se ha limitado á permitir en esos casos la transmisión de la *propiedad* sin acto de tradición—sobre la posesión no se ha decidido—(L. 1, pro. socio 17-2). Cuando Gayo recurría á la tradición tácita (L. 2 ib. *tacita traditio)* ha realizado de nuevo una tentativa de construcción que, lejos de poner el *derecho* romano en contradicción consigo mismo, pone á Gayo en contradicción con el derecho romano, porque sólo conviene á la donación de todo un patrimonio. Esta tentativa es análoga á las de Celso y Pablo. Por nuestra parte, no tenemos más que atenernos á las disposiciones positivas, y éstas nos enseñan que por motivos decisivos el derecho romano ha dispensado de la tradicción en un caso, exigiéndola en otro. Que el jurista se explique esto desde el punto de vista técnico, de esta ó de aquella manera, es cosa que á el sólo importa y que no puede afectar al derecho positivo.

Creo haber demostrado con lo dicho, que el punto de vista de Celso no puede aspirar á ser una verdad dogmática, y que la regla de que, según el derecho romano, se puede sustituir sin más, la tradición real por la declaración antes indicada no concuerda con el derecho romano. Si este derecho le hubiera conocido, no hubiera podido persistir en exigir para la donación de todo un patrimonio la tradición de todas las cosas que lo componen por separado.

El derecho romano no podía admitir esas consecuencias.

Hubiera eso significado nada menos que la abolición en la práctica de la tradición. La regla: *tradicionibus, non nudis pactis*

dominia rerum transferentur (L. 20, Cód. de pact. 2-3), se hubiere colocado en el lugar de la contraria, el derecho romano hubiera dicho á las partes: la simple convención no basta, es preciso que ejecutéis la tradición; pero si no os conviene hacerlo, no importa, el que transmite ó entrega debe declarar que quiere en adelante poseer para el *accipiens*. No debe ni hacer esta declaración expresa; en este caso como en los demás, una declaración tácita equivale á esta declaración expresa; basta, en efecto, que resulte de las circunstancias que aquel quiere en adelante poseer para el *accipiens*.

¡No es mala la perspectiva que al juez se le ofrece!

¿Cómo se distingue la obligación impuesta al que transmite por la tradición por el pretendido pacto accesorio de la impuesta por el contrato mismo? ¿Cuando se ha convenido en hacer la tradición más tarde, no *debe* el vendedor conservar la cosa para el comprador, aunque nada se haya convenido en cuanto á la guarda de la cosa, y no posee para el comprador durante este intérvalo? Que se le califique como poseedor ó como tenedor, no implica *en la práctica* la menor diferencia en cuanto á su relación con la cosa; aun cuando sea como poseedor, debe abstenerse de todo acto de disposición á título de propietario; debe respetar al comprador como á aquel á quien la cosa *pertenece*, no, en verdad, en virtud de un derecho real, sino en virtud de una obligación, lo que para el caso es lo mismo; en suma, la posición es idéntica á la del tenedor; *posee para el comprador*.

Y si lo que resulta ya del contrato de venta como tal se conviniere también especialmente, ¿revestirá la relación otro aspecto distinto? Nadie hasta aquí, que yo sepa, ha dudado todavía de que todas las convenciones que se hacen sobre la tradición, por ejemplo, acerca del tiempo, del lugar, la persona que recibirá, deben considerarse como modalidades de ejecución, contenidas dentro del cuadro del contrato mismo y que en su consecuencia deben hacerse valer por medio de la *actio emti*. Compré en Noviembre un grabado en casa de un comerciante de objetos de arte, y le doy orden de remitirlo á uno de mis amigos en Navidad; si no lo hace, no intento contra él, ni le *actio depositi*, ni la *actio mandati*, sino la *actio emti*.

En el respecto *obligatorio*, pues, la convención de que el

vendedor guardara la cosa para mí, nada cambia. Pero y bajo el respeto el *real* ¿dará aquella á la relación otro aspecto? O, de otro modo, la simple convención de guardar, ¿será insuficiente y hará falta una declaración expresa enderezada al cambio de la relación posesoria? Entonces, en efecto, la idea hubiera perdido su carácter peligroso, porque entre los millones de casos que en la vida se producen, tal declaración apenas se haría una sola vez. El juez, á lo menos, sabría á que atenerse, viéndose libre de la necesidad de deducir de las circunstancias el cambio en la voluntad de poseer.

Poco importa, por lo demás, la actitud que se tome en la cuestión relativa á saber si la transformación del *animus domini* es *animus alieno nomine detinendi*, debe resultar de una declaración expresa ó poder ser deducida de las circunstancias. Todo lo que yo exijo, es que se tome en sério la regla de que el comprador se ha convertido en poseedor y propietario. ¿Y han procedido, así los defensores de esta opinión? No; han prescindido de dos consecuencias virtuales de esta regla, que les hubiera sido difícil admitir.

La primera. Si jurídicamente se debe tener la cosa por entregada, el contrato de venta mueble resulta desde luego *ejecutado*, y por consiguiente la *actio empti* no existe. El comprador no puede, pues, reclamar la entrega de la cosa por medio de esta acción, sino por la acción resultante de la nueva relación contractual, nacida en lugar de la venta. Nadie opondrá objeción alguna para los casos antes indicados del *constitutum possessorium* que llamaré *verdaderos*. El comprador que ha dado la cosa en arriendo al vendedor, no puede ya reclamar la tradición por la *actio emti:* debe servirse de la *actio locati*. Lo mismo exactamente debe ocurrir respecto de los casos no verdaderos de que aquí se trata, del *constitutum possessorium*. El comprador que ha recibido la tradición, ha perdido la *actio emti* para reclamar la cosa: debe intentar la acción que se deriva del contrato por el cual el vendedor se ha obligado á guardar la cosa. ¿Y cual es ese contrato, depósito ó mandato? Si es un depósito, el demandado no responde más que de la *culpa lata*; si es un mandato responde también de la *culpa levis*. Pero aquí el demandante no es un vendedor, sino su depositario, y como tal no tiene el derecho de

retención del vendedor. No necesito insistir en lo que para el mismo resulta. Quien rechace esta consecuencia no puede tampoco admitir la tradición; una de dos, ó la tradición, y entonces debe reconocer la eficacia de ésta, áun en el respecto obligatorio, ó si vacila en admitir esta consecuencia, entonces no hay tradición ni aun en el respecto real. Una tradición que lo es en un supuesto y no lo es en otro, es un contrasentido.

La segunda. Tiene por objeto la tradición *forzada* (1). Según el derecho romano, la coacción es sabido que no hace nulo el acto, sino anulable; de donde resulta que en la tradición forzada la posesión y la propiedad pasan al autor de la coacción. Claro es que no importa bajo cuál forma se verifica la tradición: ya sea real ó idealmente, ya por declaración de la voluntad. Así, si yo fuerzo á alguno á darme la declaración de que quiere donarme todo su patrimonio y poseer en adelante sus bienes para mí, me he hecho desde luego poseedor y propietario de sus bienes, y sólo hace falta por mi parte la misma declaración para transmitir á otro la posesión y la propiedad.

¡Qué mecanismo más ingenioso!

La posesión y la propiedad se han espiritualizado por una simple declaración de la voluntad de una manera tal, que nada deja que desear. La voluntad de poseer excede en velocidad al telégrafo eléctrico. Desde el momento mismo en que yo quiero poseer para otro mi finca de Jamáica ó mi casa de Sidney, la tradición se ha cumplido; la cosa está ahora en el poder *físico* de otro, y aun antes de que el telégrafo haya transmitido la noticia del cambio verificado en la propiedad y en la posesión, el poder jurídico y psíquico pueden haber pasado

(1) Ha sido llevado hasta aquí por la L. 23 § 2 *h. t.* de Javoleno, donde suscita la cuestión: *si vinxero hominem liberum, ita ut eum possideam: an omnia quæ is possidebat, ego posideam per illum?;* cuestión que, por supuesto, resuelve afirmativamente. Sin duda, no se trata aquí de la declaración de querer poseer, arrancada por la fuerza; pero si el jurista hubiese querido referir á ella el efecto de la transmisión de la posesión, no hubiera dejado de mencionar este camino abierto al autor de lo coacción para procurarse la posesión. Ese pasaje obtiene una nueva prueba, no advertida hastá hoy, del hecho de que en el primer siglo del Imperio la adquisición de la posesión por representante era desconocida de los juristas. Javoleno disipa la idea por medio de esta singular razón: *neque enim* RERUM NATURA RECIPIT, *ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.*

ya por una porción de personas. Dado esto, la teoría del *constitutum possessorium* merecía sin duda el nombre de *mirabile mundi* que le daba Azon.

Pero basta lo dicho.

La voluntad de poseer funciona aquí, según la excelente indicación de Exner (1), «como una cantidad imaginaria empleada por el jurista para construir á su manera el resultado apetecido». Si se resigna á no ser nada, si debe servir sólo para construir únicamente ciertos sucesos jurídicos, entonces la dejaremos Pero no puede hacerse lo mismo si pretende presentarse como una cantidad *práctica*, según aparece en la teoría que acabo de examinar. Hemos visto que el derecho romano no le ha reconocido como buena esta su pretensión, y yo no podía tampoco reconocérsela. Reconociéndosela hubiera sin duda renunciado en cierto modo á la tradición, arrebatando al juez un criterio cierto para ver clara la transmisión de la relación del estado obligatorio al estado del derecho real.

De las explicaciones que preceden, infiero, en conclusión, que el *constitutum possessiorum* es una institución muy peligrosa, que la legislación moderna debiera reformar en los límites más estrechos, sino quiere arrepentirse amargamente de no hacerlo. Pueden verse los inconvenientes que ha producido en la práctica romana en una disposición transitoria de Teodosio, en la cual con ocasión de la introducción de la insinuación para las donaciones, abolía la *especies traditionis quæ ol m retentio ususfructus (in donationibus) induxerat* (2). Lo que sin duda había provocado esos inconvenientes era la incertidumbre de la comprobación de la voluntad individual. Ha debido ser necesario preguntar no pocas veces si la declaración hecha por el donante significaba sólo que tenía *intención* de donar, ó bien si había querido desde luego ligarse jurídicamente, y si la *promesa* de donación jurídicamente obligatoria se debía realizar inmediatamente. Para disipar toda duda en materia de donación, Teo-

---

(1) L. c. p. 144 n. 57.

(2) L. 16 Cód. Teod. de don. (8 92). En la L. 9 ib. dos años más tarde restablecia el antiguo derecho; la introducción de la insinuación había sin duda dado margen á la incertidumbre en cuanto al derecho señalado en el texto.

dosio ordenaba la insinuación de una manera absoluta, es decir, sin atender al cuanto de la donación, exigiendo además para dar al contrato una eficacia real, que se añadiese una *corporalis traditio*, aun en el caso de *retentio ususfructus*. Estuvo en lo firme más tarde al derogar esta última disposición, pero la insinuación no dejaba lugar á dudas, en ese caso, acerca del efecto querido por las partes.

El hecho de dar en prenda las cosas muebles ha dado ocasión á nuestra legislación actual á decidirse respecto de la idea de ver una tradición en la declaración hecha por el tradictor de querer poseer en adelante á nombre de la otra parte. Impulsados por motivos prácticos concluyentes, la mayoría de los derechos modernos han exigido en ese caso la entrega de la posesión, no han admitido el empeño de las cosas muebles, sino bajo la forma del derecho de prenda; pero como no podía ocultárseles que esta condición sería eludida de esa manera, y que por tal modo la disposición legal resultaría sin valor, han evitado expresamente tal rodeo.

Con lo dicho puedo dar por terminadas mis explicaciones sobre la transformación de la posesión en tenencia, resultado de un cambio en la voluntad de poseer. Creo habrán probado que contra la autorización para cambiar la posesión en tenencia, no hay menos objeciones en el respecto legislativo que contra la de cambiar la tenencia en posesión. Entregar la posesión á la voluntad individual, es tanto como producir un estado de verdadera anarquía en el derecho. La voluntad individual libre hace de la relación posesoria lo que le place; puede á voluntad decidirse hoy por la posesión, mañana por la tenencia, y así discurriendo. Encuentro una cosa que creo poder considerar como abandonada; me voy á mi lecho con el *animus domini*. Al día siguiente sé que el propietario la ha perdido, y me decido á entregársela; pues me quedo con el *animus alieno nomine detinendi*. Al otro día voy á su casa para entregarle la cosa; me dice que, en efecto, la ha perdido, pero no quiere recibirla porque está deteriorada y puedo guardármela. Tercer noche: duermo con el *animus domini*. El cuarto día, el padre ó tutor del interesado me dice que no aprueba la donación; cuarto sueño en brazos del *animus detinendi*. Al día siguiente un jurista me aconseja re-

sistirme en justicia; quinta noche, ¡otra vez con el *animus domini!*

¡Qué divertida no resulta así la voluntad de poseer! ¿Y por qué quien haya llegado á conocer en un caso concreto el encanto de esta diversidad de direcciones de la voluntad en la relación posesoria – el goce ideal de la voluntad jurídica—no ha de poder también darse ese gusto independientemente de esa relación? Podría emplearla para manifestar sus intenciones y miramientos con las personas; anuncio á V. por la presente, que «durante dos días poseeré mi casa en su nombre; considero á V., pues, durante ese tiempo como un poseedor». Dos días después favorecería á otro de sus amigos; al quinto día á otro, y así sucesivamente.

Obligado á presentar consecuencias tan absurdas, desde luego declino mi responsabilidad: corresponde ésta á aquellos que han separado la voluntad de poseer de cada relación con los hechos y con los objetos reales de la vida, á aquellos que han hecho cosa tan frívola y vana como esa.

Se dirá, acaso, que el examen que he hecho de la voluntad de poseer no ha tenido como objeto, en su mayor parte, más que verdaderas sombras chinescas, hipótesis no presentables en la vida. Cuando una teoría como la de la voluntad individual no tiene otra utilidad que la de jugar con nociones impropias y la de proyectar sombras lógicas sobre la pared, ¿cómo podríamos probar la exactitud de las censuras sino es manejando la *Linterna* mágica de la lógica y produciendo con ella las imágenes mismas que puede reflejar?

Felizmente, no son, como digo, sino sombras. La libre determinación de la voluntad de poseer que desempeña tan importante papel y función tan capital, en la teoría, no se presenta, por decirlo así, jamás en la vida, por la sencilla razón de que fuera de los juristas nadie se para en la oposición que se indica entre el *animus domini* y el *animus alieno nomine detinendi*.

No tendría á la verdad inconveniente alguno en sostener una apuesta á que en un millar de hombres extraños al derecho, no se encuentra uno solo que tenga ni idea de esta noción; la distinción de la voluntad de poseer no sale de las regiones de la teoría; en la vida no tiene importancia alguna.

Concederle una realidad práctica, ofrecer en la vida la distinción que la teoría supone, sería lo mismo que entregar á un hombre cualquiera una tabla de logaritmos, para arreglar un asunto que dicho hombre arreglaría del modo ordinario, sin conocer la tabla de logaritmos. Y así como para vivir el hombre no necesita de conocer esta tabla, también puede vivir perfectamente sin conocer las distinciones de la voluntad de poseer, ni por lo tanto la diferencia entre la posesión y la tenencia.

Y voy á resumir las explicaciones contenidas en este capítulo.

La teoría subjetiva no ha podido resistir la prueba político-legislativa, como no ha podido resistir tampoco la de la historia ni la procesal. Si ella misma hubiese hecho el experimento, sus ojos se hubieran abierto para ver y saber si realmente el derecho romano, tan sensato siempre, ha dado á la doctrina de la posesión una forma tan incompleta y truncada. Cuando una comadrona recoge un mónstruo, no tiene por qué no creer con sus ojos en lo que ve; pero cuando la ciencia formula una teoría, que bien considerada, con perfecta sangre fría, no es más que un aborto, debería comenzar por preguntarse dos ó tres veces, si la culpa es del legislador ó de ella misma. Y nada de esto se ha hecho en este caso.

XI

La prueba didáctica.

Me transporto en espíritu á los tiempos en que escuchaba á los profesores que me descubrían las profundidades del saber jurídico. No recuerdo bien lo que por entonces recogía yo del *animus domini* y del *alieno nomine detinendi*, pero seguro estoy de haberme visto en la necesidad de completar mis conocimien tos insuficientes, por medio de los tratados ó compendios de derecho romano en uso en aquellos tiempos. Ya por entonces el *animus domini* me ha dado mucho que hacer, y no me atrevo á afirmar que lo que yo había aprendido para el examen pasara de las necesarias frases aprendidas de memoria en los manuales. ¿Era esto culpa mía, ó de mis autores? Que el lector juzgue por algunos estractos de los tratados de la época. Acompañaré las muestras que de ellos tomo, con las preguntas y glosas que provocaban su oscuridad en el alumno.

He comenzado por seguir el curso de Pandectas de Thibaut. Era éste, como es sabido, el adversario de Savigny. Aun cuando cuidaba mucho de combatir sus errores, sin embargo, le seguía completamente en este punto de la teoría de la posesión. He aquí lo que yo aprendía en su *System des Pandektenrechts* (8.ª edic., V. I, § 208):

> «Se llaman *possessores* en el sentido propio, aquéllos á quienes se concede, *total* y *exclusivamente* y en nombre propio, todos los interdictos respecto de una cosa corpo-

ral. La regla en este punto es la de que sólo aquel que posee como propietario verdadero ó *supuesto (animo domini)*, tiene derecho á los interdictos: todos los demás que *ejercen simplemente derechos sobre una cosa ajena* no se consideran como *possessores*.»

«Que ejercen *simplemente* derechos sobre una cosa ajena» ¡y era necesario que ese *simplemente* entrase en la cabeza del estudiante! El que *no tiene derecho*, es decir el *supuesto* propietario, contempla desdeñoso á los que *simplemente* ejercen derechos sobre cosa ajena. Tiene los interdictos: éstos no;—era preciso explicar eso razonablemente. Y no habría más que un recurso: ¡que el derecho romano así lo ha ordenado!

«*Total, exclusivamente, en su propio nombre.*»

Me explicaba que se pudiera poseer la cosa *totalmente*; pero me preguntaba el por qué de esa adición con respecto á la procedencia de los interdictos, y por qué se debía decir que le pertenecía *exclusivamente, en su propio nombre*. Desde el momento en que ese derecho me pertenece, no pertenece á otro; y si me pertenece, ¿á qué añadir *en su propio nombre?* Para ordenar mis confusiones, aprendía por el pasaje siguiente que era indiferente que esos hijos desgraciados del derecho, á quienes se negaba la protección posesoria «tengan nominativamente para el propietario ó tengan la cosa para ellos mismos como cosa de otro, en virtud de un derecho personal ó real.» Así, se puede ocupar la cosa *para sí*, pero el derecho romano no se cuida de ello; no se obtiene, á pesar de todo, más que la tenencia. Verdad es que *en el origen* debe haber sido de otro modo entre los romanos, porque «la noción de la tenencia corporal unida á la intención de tener es la base de toda la teoría de la posesión en derecho romano (1); más tarde, varias disposiciones legislativas han hecho algunas derogaciones, pero éstas deben considerarse como excepciones» (§ 207). En su virtud, se puede ocupar la cosa *para sí* y en virtud de un *derecho sobre la cosa;* pero eso no dice nada de la posesión; precisamente esas excep-

(1) Idea de Savigny

ciones son lo que *más tarde* el derecho romano ha tenido á bien admitir por uno ú otro motivo.

Afortunadamente, el derecho romano no tiene el corazón tan duro como á primera vista parece. En efecto; no sólo concede al acreedor la prenda como *possessio* jurídica sino que:

> «esta *possessio* puede ser concedida, expresa ó *tácitamente*, á todo individuo que ejerce otros derechos sobre la propiedad de otro, por ejemplo, en el secuestro, al que ha recibido en precario... y por consiguiente, corresponde también á cualquier otro, como, v. gr., el comodatario y el colono, en favor del cual renuncia el propietario á los beneficios de la posesión... es imposible dar una noción genérica del *animus* de esas personas y del poseedor á título de propietario» (§ 208).

Hay, pues, ahí dos formas especiales de la voluntad de poseer, pero que no pueden clasificarse en un género común. A lo menos, de ese modo sabía yo que todo esfuerzo en ese sentido hubiera sido perdido. Pero ¡si al fin hubiera podido yo darme clara cuenta del *animus* de esas personas! ¿Qué idea debía yo formarme del *animus* del colono que *ocupa la cosa para sí, y en favor del cual el propietario ha renunciado expresamente á las ventajas de la posesión?* No hay *animus domini*, porque no posee como supuesto propietario. Renunciaba á explicarme el *animus*, tranquilizándome con la idea de que podía poseer á pesar de todo. La conclusión á que yo llegaba era la siguiente: la regla es que el poseedor debe tener el *animus domini*, pero si no lo tiene, no importa; el *animus domini* se acomoda fácilmente.

Es verdad que para saber si en un caso particular alguno es poseedor ó tenedor, es preciso tenerlo en cuenta, siendo así necesario comenzar por investigar si el individuo posee como propietario verdadero ó supuesto, ó, en caso contrario, si la posesión no le ha sido concedida expresa ó tácitamente, en cuyo caso es mero tenedor. Pero, ¿y qué decir si es bastante osado para colocarse como «supuesto propietario»? ¿Por qué, si le basta pretenderlo?

¡Es verdaderamente extraño el derecho romano! Niega la protección posesoria á gentes que pueden presentar pruebas

de un derecho sobre la cosa, y la otorga á aquéllas que no tienen ningún derecho y que se atribuyen sencillamente la propiedad, sin invocar para ello motivo alguno. Parécese al centinela que preguntaba á los transeuntes: «¿Tiene Ud. pasaporte? ¿No? Pues entonces pase Ud.; si lo trajese, hubiera usted tenido que entrar para visarlo». ¡Eran sin duda gentes muy singulares los romanos!

Las indicaciones de Thibaut (loc. cit.) en cuanto al secuestro y al precario también me dieron mucho que pensar.

El primero, dice, es poseedor «si la posesión se deposita en él». Pero, ¿es que se deposita la *posesión?* Yo no podía comprender que se pudiera depositar otra cosa que una *cosa;* y hoy mismo digo: ¿por qué si se puede *depositar* la posesión, no se podrá darla en comodato, alquilarla ó arrendarla? La cosa, y no la posesión, es lo que forma el objeto del depósito, del comodato, del arriendo. Posible es que al depósito, en el secuestro, se junte la posesión, pero no me autoriza eso á afirmar que la posesión es depósito; sino debería decirse también: en el depositario ordinario se deposita la tenencia; en el comodatario y en el colono la tenencia está dada en comodato ó en arrendamiento.

Lo más difícil de todo era el precario.

Tratábase de determinar si el cedente «concede la *posesión* ó la cosa misma, ó el uso meramente precario de la cosa». La *possessio*, ¿constituye, pues, una antitesis con la cosa y la una y la otra frente al uso precario? Eso es lo que jamás he podido comprender, hasta hoy, no viendo en ello más que uno de tantos ejemplos absolutamente incomprensibles, que han sido aceptados hasta por los espíritus más lúcidos—y Thibaut lo era,—por la confusión en que los ha puesto la adopción de la teoría del *animus domini.*

Fácilmente se comprenderá que ante las tinieblas en que me dejaba sumido el curso de mi profesor Thibaut, acudiría á otros tratados. Uno de los más en uso entonces, entre los estudiantes que se preparaban para los exámenes, era el de Mackeldey. He aquí lo que en él encontraba (§ 211):

> «Mas para que esa relación puramente de hecho de la tenencia pueda llegar á ser una *posesión jurídica (pos-*

sessio), y por lo tanto, una fuente de derechos, es preciso que el tenedor de la cosa tenga al propio tiempo la intención *(animus)* de querer poseer esta cosa *como su propiedad.*»

Añadiéndose una nota:

«Se puede tener la posesión jurídica de una cosa sin ser propietario de ella.»

Por tanto: tener la intención de poseer la cosa *como su propiedad.* Hoy sé que eso quiere decir poseer como un propietario; pero, ¿qué podía yo suponer, en aquel tiempo, sino que la intención debía dirigirse hacia la propiedad? Ahora bien: como aquel que sabe que no es propietario no puede razonablemente tener semejante intención, y como, por otra parte, no puede tener la posesión jurídica sin ser propietario, no me quedaba otro recurso que decirme que el poseedor es el que cree falsamente ser propietario.

Un poco más lejos, es cierto (§ 220), se me anunciaba, por el contrario, que el poseedor tiene la intención de «querer tratar la cosa como suya».

Pero la esperanza de haber cogido al fin la verdadera voluntad de poseer fué muy pronto nuevamente disipada.

En la nota al § 222 surge una nueva voluntad: la de ser protegido en su posesión:

«El *animus possidendi* consiste, por regla general, en la voluntad de tratar la cosa aprehendida como la propia. Esta regla, sin embargo, tiene excepción en el caso en que, por razones particulares, la intención del poseedor es meramente la de ser protegido en la posesión por los interdictos *(jus ad interdicta)* como en el caso del acreedor con prenda y del enfiteuta.»

He ahí, pues, un segundo *animus*, que, *por razones particulares*, puede reemplazar al *animus domini*: refiérese á la protección posesoria, no á la cosa. Para poder dar á la *animus* esta dirección, pensaba yo, el individuo debe naturalmente tener una idea del *jus ad interdicta*; si no sabe lo que es eso, no tiene el *animus* requerido, y si sin el *animus domini* no puede hablar-

se de posesión regular, tampoco se puede sin el *animus* especial tratarse de posesión excepcional.

¡Nuevo error!

Los §§ 296 y 316 me enseñaron que las dos personas de que se trata, el enfiteuta y el acreedor, gozan sin reservas de la protección posesoria: el primero «tiene casi todos los derechos comprendidos en el de propiedad, y especialmente... el de poseer la cosa»; el segundo «la *possesio ad interdicta*». ¿A qué debía atenerme, pues, al § 222 ó á los otros? En aquél, el *animus domini* es necesario; en éstos, no. Vanamente me he torturado el intelecto. El mismo Mackeldey no había hecho otro tanto; se había limitado á olvidar lo dicho en el primero de los párrafos, al escribir los últimos.

En mi confusión, acudí á Wening-Ingenheim, *Lerbuch des gemeinen Civilrecht*, 4 edic. A primera vista me pareció que en punto al *animus* necesario para la posesión, iba á exigir el *animus dominici*, porque al principio del § 109 decía que «la cuestión relativa á si hay posesión jurídica ó sólo natural, se decide siempre según el *animus*». ¡Pero *in cauda venenum!* «A veces, en efecto, las leyes admiten la posesión *ad interdicta* aun en los casos donde la posesión ha sido transmitida á otra persona (derivada), donde, *por consiguiente, el animus* no tiende hacia la propiedad, sino *sólo* hacia la adquisición de la posesión *en esas condiciones*.» Y hénos ahí de nuevo ante el segundo *animus* de Mackeldey, § 222, de que yo me creía libre en los §§ 296 y 316. Al propio tiempo, me enteraba de que la oposición intrínseca de los dos *animus* no era en modo alguno tan incontestable como hasta entonces me había figurado.

Según una opinión, el poseedor tendrá, aun en la posesión derivada, ese *animus domini* indiscutible, y según la otra, la noción del *animus possidendi* podrá ser concebida por adelantado y de una manera bastante amplia, para aplicarse á todos los casos de posesión jurídica, lo que resolvía el problema que Thibaut declaraba insoluble.

Podía, pues, escoger entre las tres siguientes hipótesis:

Primera. *Animus domini* como regla general.
Animus ad interdicta como excepción.

Segunda. *Animus domini*, presente siempre allí donde el derecho romano admite la posesión.

Tercera. *Animus possidendi* dividido en
a) *Animus domini.*
b) *Animus ad interdicta.*

Recordé entonces que Fritz había adicionado el *Lerbuch* de Wening-Ingenheim, y creí que este me iba á sacar de la confusión.

¡Ilusión pura!

El comentarista da fin á sus explicaciones diciendo (I. página 226):

> «Debo suspender todo juicio acerca de la cuestión discutida relatida á si existe un principio de aplicación general sobre el *animus* necesario para la *possessio ad interdicta.*»

¡Y se pedía que un estudiante de derecho decidiese! Por lo que á mí toca, también dejé en suspenso mi juicio, poniendo tranquilamente á un lado las *diversas especies de animus* existentes en los diversos casos de posesión derivada (p. 232), el «*animus enphiteutæ*» de Warnkönig y el «*animus superficiarii*» de Du Roi, Unterholzner y Schröder.

Después de Thibaut, seguí el curso de Pandectas de Mühlenbruch. La definición que da este de la posesión en su Manual, está concebida en estos términos (T. 2, § 134):

> «La posesión es la ocupación exclusiva de la cosa, con el ánimo de haberla y usarla como propietario.»

Y en el § 236 dice:

> «Porque la posesión no es en general, más que el ejercicio de la propiedad, determinado por el *animus domini.*»

Ahora bien: el poseedor que no tiene más que la posesión derivada, y al cual falta en absoluto el *animus domini* (§ 237), ¿no es poseedor? No; «no se le concede más que la *possessio ad interdicta;* esto es lo que hoy se llama una posesión derivada». Hasta entonces, yo había creído que también era poseedor; pero

desde ahora sabía que no. La definición de la posesión, que no puede estar basada más que sobre el *animus domini*, no sirve para él; ¿cómo, pues, en *la práctica* se podrá distinguir su posesión de la posesión con el *animus domini*? He ahí lo que Muhlenbruch no se ha conceptuado obligado á decirnos,—tocaba esto á su auditorio. Había, pues, *dos especies* de posesión, pero sin noción del *género*. ¿Y para qué, después de todo? Los casos de posesión derivada son «anomalías que deben explicarse por la historia» cuyos efectos subsisten, aun cuando los motivos de los mismos hayan desaparecido. ¿Qué necesidad hay de tener en cuenta tales anomalías en la definición del derecho? La posesión es la ocupación con *animus domini*: los casos que se han tomado la libertad de admitir la posesión sin *animus domini*, allá ellos: ¡la teoría no tiene por qué preocuparse con los mismos para nada!

No he consultado mas tratados de esa especie: había con los indicados ya los suficientes para estar bien confuso, y sólo hubiera faltado la aparición de las Pandectas de Puchta para acabar de desorientarme. Me felicito de que tal obra no haya aparecido hasta después. Conservaba, á lo menos, la creencia de que la posesión jurídica del poseedor, en las relaciones de posesión derivada, no era más desfavorable que la del bandido ó ladrón. Puchta me la hubiera echado por tierra, porque dice (§ 125).

> «Como *derecho independiente*, sólo hay la posesión con el *animus domini*, en la cual, la totalidad de la relación corporal está á cubierto, por la voluntad total también, y protegida por la personalidad.»

¿La posesión derivada, no es por tanto un derecho independiente? ¿En qué se manifiesta, pues, su independencia? Puchta no da esplicaciones, y me felicito de no haber tenido quebraderos de cabeza á este propósito durante mis estudios. Además, la voluntad «que corresponde perfectamente á la relación corporal, ó la de haber la cosa totalmente para sí» y la voluntad, que «queda tras el contenido de la relación corporal, la cual se refiere siempre á la cosa en su totalidad, y se mantiene así limitada á un fin parcial de la cosa» (§ 123), no me

hubieran proporcionado menos dificultades por aquel entonces que hoy. Creo que entonces, ya, mi desarrollo intelectual, formado un tanto en la práctica de las dificultades y problemas examinados hasta aquí, hubiera bastado para hacerme presentir el peligro de una concurrencia entre dos voluntades, de las cuales, una continúa vivamente dirigida hacia la *totalidad* de la relación corporal, después de haber dado á la otra el permiso de dirigirse hacia un fin *parcial*. Si alguna cosa se separa de la «totalidad de la relación corporal», como ocurre en el caso en que el poseedor actual da el fundo en arriendo, ó la cosa mueble en comodato, la voluntad no puede en adelante dirigirse hacia el todo, hacia x, sino sólo á lo que le queda. Si A da á B el permiso para dirigir su voluntad sobre $1/3$ de x (fin parcial) A declara sin más que su voluntad no recaerá más que sobre $2/3$ de x. Las dos voluntades parciales no pueden comprender en junto más que x. Según Puchta, comprenden ¡$x + 1/3$ de x!

Las dificultades hasta aquí mencionadas referíanse, para mí, al problema de la voluntad de poseer, abstracta como tal. Al lado de esas dificultades figuraban dignamente las que me oponía la posesión derivada. ¡Qué mezcla de opiniones más confusa! ¿El superficiario tiene la posesión? La cosa debía ciertamente ser muy dudosa, porque dos de mis autoridades, Thibaut (§ 773) y Mackeldey (§ 301) no decían acerca del caso ni una palabra. Limitábanse prudentemente á indicar que tenía aquél el *interdictum unde vi* y *de superficiebus*, sin referirse á su posesión; como Fritz, suspendían su juicio. Schweppe, *Rom. Privatrecht*, t. 2.°, § 326, 4.ª edición, me enseñaba que hay «muchos motivos para atribuirle una *res possessio* y no una simple *juris possessio*». En concepto de Wening-Ingenheim (§ 100) y de Mühlenbruch (§ 302) bastaba eso para admitir la posesión, mientras que en el de Savigny tenía ello tan poco valor, que no concedía al superficiario más que la tenencia y la *juris possessio*.

Todas mis autoridades estaban conformes en admitir que el enfiteuta tenía la posesión real. ¡Pero y su *animus*! ¡Si al menos hubiera yo podido darme cuenta clara de él! ¿Tiene ó no el *animus domini*? No lo tiene, dice Savigny, y con él la mayoría de mis autores; sólo tiene el *animus detinendi*. De ningún modo, di-

con otros, aunque no tiene el *animus domini*, tiene el *animus possidendi* AD INTERDICTA. Todo eso es falso, dice una tercera opinión; tiene el *animus domini*, como todo poseedor, en las relaciones de posesión derivada. Sea, dice Puchta (1), en cuanto al enfiteuta y al precarista, pues su voluntad tiende á la apropiación completa de hecho; pero es inexacto para los demás que no tienen esta voluntad. Es también falso, dice una quinta opinión; la noción restringida del *animus domini* debe ser reemplazada por el universal *animus possidendi;* de ese modo desaparecen todas las dificultades; la voluntad no debe ser de tratar la cosa como propia, sino simplemente de *poseerla.*

Y heme aquí ya al fin.

El lector puede juzgar por sí mismo del valor que la teoría reinante tiene para la enseñanza. En la célebre constitución donde abolió la distinción del *dominium ex jure Qiritium* (L. un Cód. de *nudo jure. Quiritium tollendo*, 7, 25), Justiniano escribe, sin perjuicio de las demás expresiones de desdén con que se consuela:

> *vacuum et superfluum verbum, per quod* ANIMI JUVENUM, *qui ad primam veniunt legum audientiam,* PERTERRITI *ex primis eorum cunabulis* INÚTILES *legis antiquæ dispositiones accipiunt.*

Me apropio esta sentencia para la teoría de la posesión, salvo que mi censura no se dirige al derecho romano, que desconocía el aspecto que presenta hoy la teoría de la voluntad de poseer, sino á la teoría romanista.

Yo he estado «perterritus» en toda la fuerza de la palabra, y lo estoy aun hoy cincuenta años más tarde. Me encuentro como K. Pfeifer (2) que caracteriza la impresión que le ha producido la teoría del *animus domini* con las palabras del estudiante en Fausto:

Mientras tanto pierdo el tino.
Una rueda de molino
da vueltas en mi magín.

---

(1) V. en el *Kritischen Jahrbüchern* de Richter, 1837, p. 679 y sig. No he leído su trabajo en esta época, pero puedo citarlo aquí porque se ha publicado cuando yo estudiaba.

(2) *¿Was ist und was gilt im römischen Rechs der Besitz?* (Tubinga, 1840), p. 65.

El sentimiento que manifiesta Rudorff (1) por «un estado mental tan digno de compasión» está perfectamente justificado. Después de las pruebas que ántes he dado de la organización psicológica-particular de este autor, comprendo que no se haya dado cuenta de la rueda de molino que en su magín tenía.

(1) En su edic. de la Posesión de Savigny. V. Ap. 30.

XII

Ojeada sobre la historia literaria.

Jamás quizá obra alguna ha producido en el dominio de nuestra ciencia un movimiento tal é inagurado un período literario tan absolutamente nuevo, como la obra de Savigny sobre la posesión, y con fundamento.

Las obras que se limitan á producir cosas sustancialmente nuevas, sin penetrar en las vías no todavía recorridas por la ciencia, ó sin aplicar un nuevo método de investigaciones, nunca tendrán ese éxito, por abundante y preciosa que su substancia sea. La ciencia no se ve obligada por ellas á cambiar de rumbo; continúa imperturbable, coloca en su lugar las riquezas nuevamente adquiridas, y allá pasados diez años, sólo los sábios saben todavía de quien emanan esas riquezas. La masa las contempla como todo lo que la ciencia ha reunido después de siglos, sin preocuparse con el nombre de los que las han descubierto. Unicamente las obras que abren nuevos rumbos, crean otra manera de concebir y de tratar los problemas científicos, en suma, que aplican un método nuevo, provocan, obligando á la ciencia á tomar posiciones, un profundo movimiento científico. Ese movimiento imprime carácter á su época y lo refiere todo al nombre de su autor.

Ese movimiento se produjo por la obra de Savigny. Su importancia es muy superior al objeto que trata. Ha llegado á ser el prototipo de una porción de obras. La separación entre el método que su autor sigue en ella y el seguido hasta enton-

ces, es demasiado conocida para hablar de ella; era una rotura completa con el pasado; sabido es también que diez años más tarde el método había triunfado en todas partes. No puede decirse lo mismo de las opiniones particulares de Savigny. La lucha estalló inmediatamente sobre puntos de poca importancia, v. gr., sobre la significación de *possessio civilis* y *naturalis*. Pronto surgieron otros, cada vez más numerosos y más importantes. Parece como que hubo necesidad de tomarse tiempo para vencer la primera impresión de aturdimiento. Hoy apenas queda una sola de las proposiciones fundamentales de Savigny que no haya sido atacada, reputándose la mayoría unánimemente como insostenibles.

Un punto quedaba hasta ahora casi completamente intacto; es el que se trata en este escrito, esto es, la importancia decisiva de la voluntad de poseer para la distinción entre la posesión y la tenencia. Los ataques realizados hasta aquí referíanse, no á la idea misma, sino á su fórmula: el *animus domini*, y á la cuestión relativa á si los casos de posesión derivada pueden, todos ó algunos tan solo, clasificarse desde el punto de vista del *animus domini*. Se ha partido del supuesto de que Savigny es quien ha formulado esas dos nociones: la del *animus domini* y la de la posesión derivada; yo mismo he participado de esa opinión durante mucho tiempo. Cuál no habrá sido mi sorpresa, cuando en las investigaciones que he hecho sobre la historia literaria de la teoría de la posesión, y las cuales datan de fecha relativamente reciente, me encontraba con el *animus domini* y la posesión derivada en el primero de los autores antiguos que consultaba, en Lauterbach (1).

Oigámosle.

La posesión verdadera, la *possessio civilis ratione formæ*, como él la llama, exige el *animus domini*; es la posesión de quienes poseen TANQUAM DOMINUS. Tales son el propietario, porque: *detinet* ANIMO DOMINI, el *inmissus ex secundo decreto: detinet enim rem* TANQUAM SUAM *i. e. dominus prætorius*, el que ha despojado jurídicamente al propietario cuando lo ha hecho *ut rem possideat* TANQUAM SUAM.

---

(1) *Collegium theoretico-practicum*, tomo 3.°, Tit. Pand. 4-12 § 8 á 10.

Denomina la posesión sin *animus domini*, como *poss. naturalis ratione formæ;* existe en la persona de aquel que *detinet* SUO *nomine et affectione* SIBI *possidendi* CITRA ANIMUM DOMINI *propter aliquod jus in re;* coloca en esta categoría, además de los cuatro casos en los cuales Savigny admite la posesión derivada (acreedor hipotecario, enfiteuta, secuestro, *precarium)*, otros tres (superficiario, usufructuario, vasallo).

Ahí está toda la teoría de Savigny. Primero, el *animus domini* con el mismo nombre y la misma definición que en Savigny: poseer la cosa real ó supuestamente como suya. Luego, establecimiento de una categoría especial para los casos en los cuales el derecho romano (ó moderno) concede la protección posesoria sin *animus domini*, en virtud de la *possessio corporis ó juris:* la *possessio naturalis ratione formæ*, esto es, la posesión derivada de Savigny.

El sorprendente descubrimiento que yo había hecho en Lauterbach, me impulsaba á hacer más amplias investigaciones literarias; pero la debilitación de mi vista me obligó pronto á renunciar á dar á la tarea toda la extensión que yo quería. El único punto que yo he comprobado por mí mismo, es el de que los glosadores ignoraban el nombre y la noción del *animus domini*.

A ruego mío el asesor Goldsghmidt, Privatdocente de la Facultad de Derecho de Guetinga, mi amigo personal, ha tenido la bondad de proseguir por mí esas investigaciones. Voy á reproducir aquí las conclusiones que yo he formulado con los numerosos materiales que me ha entregado.

Resulta que el nombre de *animus domini* se remonta en todo caso hasta *Cujas* que se sirve de las palabras ψυχή δεσπόζοντος de Teófilo, pero entendiendo por esto, no la *intención*, sino la creencia de ser propietario (Observ. 9, 23). Esta última concepción la combate Donello (come., V. 6), que invoca también en su favor la autoridad de Teófilo, cuyas palabras traduce, no por *animus domini*, sino por *affectus dominantis*. La teoría actual encuéntrase aquí desenvuelta con la mayor claridad. No es necesario poseer *opinione domini*, sino tan sólo *affectu domini*. Basta para eso: *ut quis se pro domino* GERAT, *quamvis nulla ex causa aut ex injusta causa rem teneat*. Las perso-

nas *qui rem aliquam etiam justa ex causa tenent, non tamen ut suam, sed ut aliena versantur*, entre los cuales cuenta, no sólo el inquilino, el colono, el usufructario, sino también el acreedor, no tienen este *animus*, y por tanto, no tienen la *possessio*. No señala categoría especial de posesión derivada.

Esta última no se remonta más allá de Lauterbach, y así podemos, hasta obtener más amplias noticias, considerarle como su autor. Tuvo en verdad muy poco éxito. Los autores que siguieron no la mencionan. El *animus domini* encuéntrase, por el contrario, muy á menudo en los escritos de los prácticos de los siglos XVII y XVIII, aunque sin definición normal. El único punto sobre el cual todos están de acuerdo, es el de la circunstancia negativa de que este *animus* falta en el tenedor, mientras que la divergencia se manifiesta en que los unos lo admiten aun en el *injustus possessor*, y los otros sólo en el *justus possessor*. Otro partido, que parece haber sido el más fuerte, pone la distinción en la voluntad de poseer exclusivamente, en el *animus sibi ó alteri possidendi*. Lo demás no tiene interés para mí en este caso (1). Mi único objeto era asegurarme de si las nociones del *animus domini* y de la posesión derivada provenían de Savigny ó si eran conocidas antes de él. Los testimonios indicados de Donello y de Lauterbach autorizan esta última opinión. Esas dos nociones se presentan en Savigny como si de él emanasen. En cuanto al *animus domini*, es verdaderamente inconcebible que haya podido tener esta creencia cuando escribía su obra. Es imposible que haya dejado de consultar la exposición de la posesión de Donello, que, por lo demás, se encontraba al alcance de todos en la última mitad del pasado siglo (2).

---

(1) Recomiendo la historia literaria de la posesión *animus domini* y de la posesión derivada á las Facultades de Derecho que deseen un buen tema para un concurso.

(2) Ayblinger, *Comm. ad Pand.*, p. 638 (1747): *cum affectu domini... habendi ut* SUAM. Heinecio, *Elem. jur.*, § 1288 (1766): *detinet* ANIMO DOMINI *et rem sibi habendi*. Berger, *Oecon. jur.*, p. 397 (1777): *sine* AFFECTIONE DOMINI. Hofacker, *Inst.*, p. 94 (1773): ANIMO *atque affectu domini*. Waldeck, *Instit.*, § 238 (1800): *rem* UT SUAM *possideat*. A título de curiosidad del lenguaje, indicaré que el *animus domini* en alemán se disfraza bajo la expresión «*Gemüth, solches Ding für sich zu behalten*», sentimiento de conservar alguna cosa para sí. V. Struben, *Jurisprudenz*. aument. por Flöcken, p. 449 (1706).

En cuanto á la posesión derivada, me cuesta trabajo creer que quien ha consagrado una tan grande atención á la historia literaria de la posesión (p. 5 á 24), haya podido perder de vista á un autor como el Lauterbach, que debe ser considerado como uno de los representantes típicos del saber jurídico de su tiempo, y que en la época misma en que Savigny escribía gozaba de alta reputación, merecida en mi concepto. Yo mismo al verlo citar tan á menudo en el curso de mi profesor Thibaut, lo he consultado muchas veces, y no sin provecho, habiendo quizá aprendido más en él que en muchos otros tratados muy estimados de la época.

La circunstancia de que Savigny no haya hecho mención alguna de su predecesor, y el olvido inmerecido en que caía la literatura de los antiguos prácticos á consecuencia del empuje de nuestra ciencia que se inicia con la aparición de Savigny, puede haber sido la causa de que una opinión de tiempo ha ya formulada se conociese en adelante por su nombre. Para ver el influjo enorme que Savigny ejerció sobre su época y sobre la siguiente, nada más característico que fijarse en el desprecio en que cayó la literatura posesoria anterior. En todas las controversias que tan fuertemente excitaron á las gentes, casi nunca, fuera de algunas cuestiones de menor importancia, se ha pasado de Savigny. Rara vez se encuentra en la literatura posesoria de nuestro siglo el nombre de un jurista de la época anterior (1). En suma, Savigny viene á ser el límite en el cual se detiene la doctrina moderna; todo lo que cae más allá no llama su atención, cual si perteneciera á un período literario completamente abandonado y sin interés alguno. Yo mismo tengo que declararme culpable de esta omisión. En mi trabajo sobre el *Fundamento de la protección posesoria* no he pasado de Savigny; la idea de examinar las opiniones de los juristas anteriores no se me ocurrió por entonces.

Sólo de este modo puedo yo explicarme el haber expresado la opinión errónea de que el *animus domini* y la posesión deri-

(1) No cabe exceptuar la obra de Bruns: *Das Recht des Besitzes im Mittelalter*, porque no se refiere á la *teoría* actual, sino á la *historia* de la posesión, cumpliendo su objeto de mano maestra.

vada son creaciones de Savigny. Los que hablan de ellas no citan sino á él: los que las combaten, sólo á él atacan. Y esto está perfectamente justificado, porque el representante más importante de una opinión ó de una tendencia debe resignarse á la lucha. Pero, como acabamos de ver, el supuesto á que me refiero no es exacto. Si se ve en el establecimiento de la noción del *animus domini* y de la posesión derivada un *mérito* de Savigny, tal mérito ha desaparecido después de las pruebas expuestas; si ello es motivo de censura, la censura resulta muy apagada y se reduce á decir que, por excepción, Savigny ha desmentido completamente en este caso su independencia habitual frente á las opiniones tradicionales. Si, sin dejarse llevar demasiado de las concepciones ya hechas, hubiera acudido directamente á las fuentes, probablemente no se hubiera encontrado aprisionado en los lazos de aquéllas.

Tengo que renunciar á seguir paso á paso la lucha que Savigny ha desencadenado en nuestra ciencia. Fácil es enterarse de ella en otras obras. Voy á limitarme á indicar á grandes rasgos la posición que nuestra ciencia ha tomado frente á la teoría de Savigny.

No diré una palabra acerca de la estéril controversia sobre la presencia ó la ausencia del *animus domini* en los casos de posesión derivada (1). Tiene esto para mí el mismo interés que la cuestión de saber si la serpiente marina vive bajo los trópicos ó en los mares polares: si pone huevos ó si es vivípara. Quien, como yo, no ve en el *animus domini* más que una serpiente marina de la ciencia, no puede estimarse obligado á consagrar su pluma á referir las vanas controversias que sobre su existencia se agiten.

Creo poder limitarme á decir, en cuanto á la posesión derivada, que ha sido conservada como una consecuencia inevi-

(1) El único curso de derecho romano, que yo sepa, que rompe con él y de un modo fuerte, es el de Dernburg, t. 1.°, pág. 394 (1884): «La posesión derivada es una construcción jurídica artificial y extraña á las fuentes. Por su causa la teoría de la posesión romana no ha podido aclararse durante largo tiempo.» En cuanto á la opinión del autor sobre el *animus domini*, véase luego.

table del *animus domini* de la teoría reinante (1). Nada nos dice en conclusión sobre los motivos *prácticos* que han ocasionado esta pretendida singularidad; conténtase con decir que los romanos han llegado á ella por razones prácticas é históricas. La objeción hecha (2) contra la supuesta singularidad de la posesión derivada, que los romanos trataban como cosa completamente normal, no se encuentra por lo común en las obras sobre la posesión. En todo caso, la teoría reinante no ha cumplido la misión que le incumbía respecto de la posesión derivada. En lo tocante á la posición tomada por la ciencia frente al *animus domini* de Savigny, creo pueden distinguirse tres sistemas ó posiciones diferentes.

La primera. Adopción pura y simple de la teoría de Savigny. Caracterízase porque los autores que la sostienen se limitan á invocar en favor de la noción del *animus domini* la autoridad positiva de las fuentes, sin detenerse á justificar por motivos intrínsecos, la necesidad del *animus domini.* Otros han procurado ó han intentado hacer semejante justificación, y de ahí ha resultado la segunda posición.

La segunda. Puede distinguirse de la anterior, denominándola en breves términos: *racional* y *positiva*. Trata de dar á la posesión romana una base racional, esto es, dialéctica. Es, según ellos, tan poco romana, específicamente, que más bien puede considerarse exigida por la naturaleza necesaria de las cosas, por la esencia de la voluntad y otras frases semejantes. Si los romanos no la hubieran reconocido, la ciencia actual lo habría hecho. La fuerza atractiva y seductora de esta idea se produce sobre todo por la circunstancia de que se la encuentra hasta en algunos positivistas de los más conspicuos, que en toda su vida no se han hecho culpables de la más leve tendencia hacia una concepción filosófica del derecho, tal como Schweppe y

(1) El único autor de la época anterior que debe exceptuarse es K. Pfeifer, *Was ist und gilt im römischen Recht das Besitz?* Tubinga 1840. Lo que dice (página 72) de la posesión del enfiteuta y (pág. 79) de la del acreedor con prenda, es excelente. La teoría reinante no se ha fijado en su obra. Entre los autores contemporáneos debe citarse sólo Dernburg. Véase luego.

(2) Por ejemplo, por Pfeifer, pág. 65: «Nuestras fuentes hablan como si fuese cosa corriente que el enfiteuta, etc., posee jurídicamente.» Meischeider. *Besitz und Besitzesschutz*, 1.ª part., Berlin, 1875, p. 27.

Göschen. El primero (1) dice: algunos casos, *en sí* y *para sí*, no implican más que la tenencia, y el segundo (2) *en sí* y *para sí*, sólo puede ser tenido como poseedor quien une á la tenencia la intención de disponer de la cosa, exclusiva y arbitrariamente. ¡*En sí y para sí!* ¡Ni que hablase Hegel!

En Puchta (3) la cosa toma el aire de una oposición entre la *naturaleza originaria de la posesión* y las *modificaciones jurídicas* que la han violentado.

En el protoplasma dialéctico que contenía en germen el mundo del derecho, la posesión y la tenencia estaban ya separadas por la diferencia intrínseca de la voluntad: «La diferencia del *animus crea* dos especies diferentes de posesión.» Como Castor y Pollux, estaban en el mismo huevo; pero, como ellos, también tenían una naturaleza esencialmente diferente. Cuando hubieron salido del huevo luego, todo era ya obra de su «naturaleza originaria»; y entonces vino la maldición del derecho positivo, la arbitrariedad del mundo con sus «modificaciones jurídicas» y las «adiciones al puro hecho de la posesión.» La posesión hubo de resignarse á ver tratar como á su igual á la posesión derivada, que, según su naturaleza originaria, no es más que una simple tenencia. Pero el hombre inteligente sabe que «cuando alguno ocupe una cosa sin el *animus domini*, su voluntad no abarca el cuerpo entero de la posesión, y *por consiguiente* no le da, *en sí*, un contenido jurídico».

En Bruns (4) es la filosofía en persona quien toma la palabra para abrirnos la comprensión íntima de la voluntad de poseer. Ha añadido á su obra, perfectamente clásica, en lo relativo á las investigaciones históricas, un capítulo que hubiera podido suprimir sin grave daño. Su título es: *La filosofía del derecho de posesión*. El punto en que se fija es el de la «necesidad interna de la posesión» (p. 468), y su examen refiérese, por consiguiente, á lo que la misma implica. Ahora bien; todo ello está en la di-

---

(1) *Römischen Privatrechts*, II, § 215.

(2) *Vorlessungen über das gemeine Civilrecht*, I, p. 604.

(3) *Pandekten*, Epigrafes de los §§ 123 á 125, *Vorlessungen* y *Cursus der Institutionem*, § 226.

(4) *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart* (1848) p. 463 y siguientes.

ferencia de la voluntad de poseer, y la *consecuencia natural* resultante es que sólo posee quien tiene el *animus domini*. No se puede considerar como tenedor completamente para sí, y por tanto, como verdadero poseedor, sino al que posee *animo domini*, siendo incomprensible que se haya querido hacer uso de la gran extensión de la enfiteusis para probar que el enfiteuta posee para sí (p. 470).

Claro es que si los que tienen en virtud de un *derecho real* no pueden ser considerados como poseedores para sí propios, mucho menos se podrán considerar tales los que no tienen sino en virtud de un *derecho personal*. Esas personas no pueden siquiera ser consideradas ni como poseedores incompletos; es preciso rechazar la concepción contraria del derecho prusiano. «En virtud de la *naturaleza* de esos derechos no se *puede* imaginar esa relación sino en el sentido de que el extraño posee *en sí y en general, de una manera absolutamente completa* (!) para el propietario; y que la tenencia en la persona no es más que una reducción especial de la posesión en general del propietario, correspondiente á la extensión y al carácter del derecho ejercido sobre la cosa. Síguese eso *necesariamente* de la naturaleza de los derechos sobre la cosa de otro» (p. 471).

La opinión que queda expuesta es una de esas ilusiones científicas, en las cuales aprisiona uno mismo la razón para figurarse que las cosas *deben* ser tal como son. Constituyen tales ilusiones, en mi concepto, una de las aberraciones más peligrosas en que la ciencia puede caer. Iniciadas con la intención de romper los lazos de lo positivo, nos atan con tanta más fuerza, cuanto que en lugar de la dependencia *exterior* de una regla positiva, ponen la *interior*, mucho más peligrosa, de la creencia en su necesidad. El positivista puro que se inclina ante lo positivo, como ante un hecho brutal, al cual debe someterse, sin preguntarse si es ó no justo, no está atado más que de una manera puramente exterior; limítase á decir: *las cosas son así*, pero sabe que *podrían* ser de otro modo, y en su virtud conserva su libertad interna. El dialéctico, por el contrario, que se persuade de que la cosa *debe* ser así, sacrifica su libertad interna; el yugo que lleva, no se apoya, como para el otro, en la coacción exterior, sino sobre la propia voluntad libre. No tiene, pues, espe-

ranza de sacudirlo nunca; parécese á aquel que se ha hecho esclavo por convicción, á sabiendas de su destino, y á quien, por tanto, no se le ocurre romper sus cadenas.

Tal es, en verdad, el fruto de esta dialéctica que se vanagloría de librarnos del peso de lo positivo. En rigor, lo que hace es forjarnos cadenas más estrechas. La supuesta libertad de lo positivo no es en realidad, sino el peor de los servilismos, el del pensamiento que se ha impuesto por base probar más de lo que es necesario. Si lo positivo tuviera el aspecto directamente opuesto, probaría aún que es necesario. En realidad, la idea que ha pretendido adquirir y cree haber adquirido por vía especulativa para justificar lo positivo, está tomada de lo positivo mismo. Su pretendido *apriorismo*, no es, en verdad, más que un simple *aposteriorismo;* recuerda el derecho natural del pasado siglo, que refería á «la razón natural», entre otros, los *jure in re aliena* del derecho romano. Si Pablo no se hubiera dejado arrastrar hacia la idea absolutamente falsa, como se demostrará á su tiempo, de poseer la distinción de la posesión y de la tenencia, en relación con el *animus*, convencido estoy de que jamás se hubiera oído sostener que esta distinción resulta necesariamente de la naturaleza misma de la voluntad. Luego (XIV) demostraremos que la aureola de la necesidad lógica con que esta opinión ha querido rodear á la teoría subjetiva, es tan sólo una nube que se disipará por sí sola.

La tercera reemplaza el *animus domini* por el *animus possidendi*. No se trata, por supuesto, del nombre sólo, sino de la idea que se le supone. Savigny ha creído encontrar el punto de apoyo que las fuentes romanas le niegan en el *animus* (2, 9, § 4; 3, 29, § 2), no sólo en la palabra, sino en la cosa, en Teófilo, que exige en la persona del poseedor la ψυχὴ δεσπόζοντος. Pero ψυχὴ δεσπόζοντος, no quiere decir *animus domini*, sino *animus* DOMINANTIS (1). Teófilo se limita á indicar la expresión latina *animus*

(1) El mérito de haber señalado el primero en nuestros tiempos este punto, corresponde, que yo sepa, á Böcking, *Pandecken*, 2.ª edic. (1853), I, p. 449-450. Entre los juristas antiguos, Donello (p. 209), había hecho semejante traducción: el mérito de haber combatido por primera vez toda la concepción del *animus domini* y de haber puesto de manifiesto la contradicción que en sí entraña, corresponde á Kierulff, *Theoría del derecho civil común*, t. I (1839).

possidendi, insistiendo particularmente sobre el poder exterior del poseedor. Tal es, en mi concepto, el progreso más importante que la teoría subjetiva ha hecho en nuestro siglo. De ese modo desaparecía la relación contraria á la naturaleza, establecida entre la posesión y la propiedad (XIV) y la anomalía de la posesión derivada.

La teoría subjetiva ha dado un paso hacia adelante con la disertación de Mandry (1). Trata éste la cuestión de si es preciso atribuir la posesión ó la tenencia al inventor (de buena fe) y al *negotiorum gestor*. Según la teoría reinante, sería incuestionable decidirse por la tenencia, porque ambos tienen la intención de adquirir la cosa, no para sí, sino para el dueño de la posesión. Mandry resuelve la cuestión en un sentido opuesto, y como resultado, estoy plenamente de acuerdo con él (XVII), salvo que yo llego á donde él llega partiendo del punto de vista de mi teoría, mientras él parte de la teoría subjetiva. Cuando leía yo las primeras páginas de la disertación, creía que iba á encontrarme con mi propia teoría, porque el punto de vista que mantiene, para su opinión, es que en la opinión contraria, la cosa podría quedar quizá, añade, sin posesión, puesto que no se le puede atribuir al *dominus possessionis*, que nada sabe de la aprehensión hecha por el intermediario; ese punto de vista «de la inadmisibilidad de toda protección posesoria» ó de la falta de concordancia entre las exigencias de la oportunidad y los resultados aparentes de la lógica jurídica, no es otra cosa que el punto de vista teleológico que determina, no sólo toda esa concepción del derecho, sino también la de la posesión, y que explicaré respecto de las diversas relaciones en el cap. XVI que trata de la Teleología de la posesión derivada.

Cuando pienso en la inadvertencia completa de este punto de vista por parte de la teoría reinante, en la cual hasta aquí sólo Pfeifer ha tenido el acierto de no caer en este respecto, no puedo menos de designar la consideración invocada por Mandry, aun cuando se haya restringido á las relaciones discutidas, como un

p. 347-353: casi al propio tiempo (en 1840), pero con independencia de él hacía lo propio Pfeifer, l. c. p. 65.

(1) Archiv. für civil. Praxis, t. 63, p. 1-26 (1880).

progreso importante. Me ha llamado la atención como un soplo de aire fresco y benéfico en la atmósfera sofocante y mefítica de la lógica. Si el autor hubiera perseverado en el camino emprendido, necesariamente hubiera llegado á mi teoría, renovando así de arriba á abajo la teoría de la voluntad.

No lo ha hecho. La mantiene y afirma, pero la obligación que tenía de conciliar con ella la decisión que había dado para los dos casos indicados, le condujo á demostrar la compatibilidad de la voluntad de poseer con la intención de ocupar la cosa para otro. También aquí toca con una de mis ideas, salvo que yo me sirvo de ella para *refutar* la teoría de la voluntad (XV) y él para *apoyarla*. Esta idea de su parte es también muy sana; también señala un progreso decidido en la teoría subjetiva, y quien quiera que se proponga en adelante mantenerla en forma, hará muy bien en apropiarse esta mejora preciosa de la noción de la voluntad de poseer.

Por lo demás, yo no puedo detenerme más tiempo en esta disertación: bástame consignar que el autor no se ha libertado aún de la teoría subjetiva. Transcribiré á este efecto el pasaje siguiente; es uno de los últimos párrafos en los cuales resume los resultados de su trabajo (p. 26): «Si se entiende la voluntad de poseer *(animus possidendi)* por oposición con la *voluntad de tener*, la distinción no está fundada más que sobre la *intención* de erigirse *á sí propio en poseedor jurídico.*» La teoría objetiva no conoce oposición entre la *voluntad de poseer* y la de *tener;* no conoce sino la voluntad de poseer en el sentido expuesto antes en el cap. III; la existencia de la tenencia, según ella, descansa siempre y sin excepción, tanto en la tenencia relativa, como en la tenencia absoluta, únicamente en la disposición jurídica que niega excepcionalmente, á la reunión completa de las condiciones legales, el efecto que de ordinario tiene.

Después de Mandry, Dernburg ha expuesto su opinión sobre la voluntad de poseer en dos obras recientemente publicadas (1).

---

(1) *Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts* (1883) y *Pand.* T. I, § 172-174 (1884). Cítanse esas obras por B. y P., respectivamente.

Al principio creí haber encontrado en ellas una aproximación hacia mi teoría, y en cierto modo la hay, á saber, en la apelación al punto de vista teleológico para explicar la tenencia del colono y del inquilino (B. 69), así como la posesión del sustituto (p. 409) (1). Pero en lo demás, Dernburg se mantiene en el terreno de la teoría subjetiva. Lo que á primera vista me desorientaba, era la circunstancia de que en él, al lado del *animus*, entrase en escena la *causa possessionis* (B. 67, nota 2, p. 406). Lo que hay es que la significación que Dernburg le da, no es la de un *principio* imperante y dominador de la organización de toda la teoría posesoria, sino la de un *elemento de prueba* para establecer la voluntad de poseer en un caso particular (2). «La voluntad de poseer, dice (P. 406), debe inducirse del estado de hecho, resulta *sobre todo* del motivo—la causa—por el cual se toma posesión.» Se atiene igualmente á la doctrina de la dualidad de la voluntad de poseer, y he ahí precisamente el punto distintivo que pone mi teoría en oposición con la reinante. «Todas las especies de *possessio jurídica*, dice, tienen de común el *animus possidendi*, es decir, la intención de dominar la cosa de hecho y para sí exclusivamente» (P. 392). Con ocasión de la posesión á título de propiedad (íd. 393), se ve aun figurar el *animus domini*, al cual, por lo demás, niega el valor que Savigny le reconocía, lo que indica al propio tiempo su actitud frente á la posesión derivada, sobre la cual emite el juicio perfectamente exacto antes referido. Los demás poseedores (prestamista, enfiteuta, superficiario, inventor, secuestro), tienen también el *animus possidendi*. «Sin embargo, eso no borra la diferencia en principio de esos diversos géneros de posesión, porque radica en la *naturaleza de las cosas*, quedando por ello independiente en absoluto de la circunstancia de que los romanos le hayan ó no acentuado ó hecho resaltar» (B. 67).

Hay, pues, en el seno de la posesión jurídica *diversos géneros* de posesión, producidos por la diferencia genérica de la voluntad de poseer obrando en la *naturaleza de las cosas*.

---

(1) Me remito en este punto, sin interés ahora, al cap. XVI qne trata de la teleología de la posesión derivada.

(2) La misma manera de ver que hemos señalado antes en Baron.

Si la posesión jurídica se caracteriza por la voluntad de poseer para sí, la tenencia se caracteriza «como posesión de la cosa *para otro—alieno nomine possidere*. El representante tiene la tenencia porque *quiere* poseer para el representado (P. 396).»

No creo necesaria otra prueba para demostrar que Dernburg no está aún libre por completo del influjo preponderante de la teoría de la voluntad de poseer, para organizar la institución de la posesión.

Después de la publicación de la primera obra, creía yo poder admitir que á lo menos se había separado de la opinión que más arriba he señalado como teoría de la voluntad *individual*, y cuyo carácter insostenible he sentado ya anteriormente. Encontraba en B. 67, nota 2, esta indicación:

«Los romanos no han investigado si el *animus possidendi* existe subjetivamente en un caso particular, según la concepción particular del poseedor autorizado; hubiera sido eso caer en vaguedad é indefinición; se juzgaba, *principalmente*, según la *causa possessionis*. Aquél, que comenzaba á poseer, sin pretexto alguno aparente (?), como ladrón ó bandido, tenía la posesión en virtud de un simple *animus*, sin que pudiera hablar de una *causa*.»

Ya he indicado antes lo raro del resultado práctico que resultaría de ahí, á saber: que la gente honrada tuviera que alegar una *causa* y probarla si fuese combatida, mientras los ladrones vencerían con su mero *animus*. Cuando decía el autor que el *animus possidendi* no debe ser investigado en un caso individual, rechazando enérgicamente la opinión contraria, creí encontrar una repudiación completa en Dernburg de la teoría de la voluntad individual, y me felicitaba grandemente del buen sentido práctico de que daba muestra. La segunda obra vino á hacerme ver que me equivocaba; la teoría de la voluntad individual se preocupaba muy poco con el pasaporte que se le expidiera en la primera, porque en la segunda obra se reinstalaba nuevamente. Primero, con ocasión del *constitutum possessorium* (P. 412). La *causa*, dice aquí, no es necesaria; la simple declaración hecha por el que enajena de que en adelante quiere poseer para su cocontratante, tiene la misma significación. Así, la voluntad de poseer puramente individual,

puede muy bien dar á la relación posesoria otro aspecto: lo que, en rigor, equivale á decir que la teoría de la voluntad individual persiste. Manifiéstase por segunda vez, á propósito de la adquisición de la posesión por representante (P. 410) bajo la forma de la condición que el representante debe tener la *intención* de adquirir la posesión para el principal. Según la teoría de la voluntad abstracta, esta intención nada tiene que ver en el asunto; si la relación implica la adquisición de la posesión para el principal, el representante puede tener la intención contraria y declararlo ante testigos; la *causa* hace su papel; la voluntad contraria no tiene fuerza. Según Dernburg, el representante, al declarar que quiere adquirir la posesión de la cosa para sí ó para un tercero, puede impedir la trasmisión de la posesión y de la propiedad á su principal, á pesar de la voluntad contraria del que verifica la tradición. Según él, una administración de un ferrocarril, á la cual un criado presenta un talón-resguardo con declaración de que quiere adquirir la posesión para sí, puede negarse á entregar la mercancía, porque sería responsable de la entrega hecha á quien no tiene derecho. Por mi parte, creo que no se preocuparía gran cosa con semejante declaración.

No puedo terminar mi examen de las dos obras de este autor, sin mencionar dos opiniones históricas por él emitidas, y que considero falsas.

Según la una (B. 67, nota 2, P. 406, nota 1), la cuestión de saber si se posee se determinaba en la época antigua según la *causa possessionis*, esto es, según el motivo que conducía á la adquisición del poder de hecho. Más tarde se admitió que era preciso para la adquisición de la posesión el *animus possidendi*. Espero sentar luego (XV) que no ha habido en ese respecto jamás el menor cambio. *Prácticamente*, lo que siempre ha hecho inclinarse la balanza, es la causa, sin que el *animus* contrario fuese tomado en cuenta para nada; por de pronto, sabremos inmediatamente (XIII) lo que en todo rigor vale el *animus possidentis*, de Pablo.

Según la otra opinión (P. 392, nota 1), la distinción entre la posesión y la tenencia no dataría «sino de la época imperial. En los últimos tiempos de la República, Quinto Mucio Scævo-

la no la conocía, ó, á lo menos, no la admitía». Á este efecto se cita la L. 3, § 23, *h. t.*, en la cual Pablo rechaza con soberano desprecio *(ineptissimum est)* la opinión de ese jurista que había querido considerar la relación posesoria del *inmissus in possessionem* como una posesión. La censura que dirige á su eminente predecesor no es más que uno de tantos asertos ligeros nada considerados, de que ya daré más adelante bastantes ejemplos (XIII), y que recae con más fuerza sobre él. Desde el punto de vista del jurista práctico que juzga la cuestión de la existencia de la posesión según la protección concedida, se podría invocar para justificar la posesión del *inmissus* la circunstancia de que estaba unida á una protección posesoria (1). Si la jurisprudencia posterior se decide por lo contrario, podría haberse guiado por motivos importantes, dictados por la consideración de la construcción armónica de la teoría posesoria; pero, á mi ver, si Pablo ha podido tratar con semejante desprecio una opinión que, desde el punto de vista anterior de la teoría, parecía como perfectamente justificada, todo ello no es más que una buena prueba de su extraordinario doctrinarismo.

No tiene eso importancia para la cuestión única que aquí nos interesa: Quinto Mucio, ¿conocía ya la distincion de la posesión y de la tenencia? No hace falta probar que la conclusión que saca Dernburg del hecho de que aquél admitiera la posesión para el *inmissus* no es fundada. Porque uno clasifique un objeto equivocadamente en una determinada categoría falsa, ¿puede inferirse que no conozca la verdadera? Si nada más se sabe, sólo podrá decirse: es posible que no la haya conocido, pero puede ocurrir que no la haya estimado aplicable. Ahora bien: en el caso presente, lo exacto es esto último: creo haberlo puesto fuera de duda con mis anteriores explicaciones acerca del desenvolvimiento histórico de la noción de la tenencia (VIII). El conocimiento de la distinción entre la posesión y la tenencia es en Roma tan antiguo como el pensamiento jurídico. En labios del sabio de que se trata, esta opinión me ha sorprendido tanto más, cuanto que no tiene rela-

(1) Lenel, *Das edictum perpetuum*, p. 341, 364.

ción alguna con lo que dice del motivo social y económico de la tenencia y del arriendo (B. 69). Los motivos que aquí invoca: «porque los colonos respectivos suelen pertenecer á las clases pobres; porque los arrendadores no creen poder mantener el orden más que si unos y otros quedan bajo su dependencia absoluta; porque el derecho romano ha sido formado principalmente por los intereses de las clases ricas», ¿no han logrado su valor propio hasta el comienzo de la época imperial? La época antigua estaba, sin duda, también en posición de apreciar su peso y valor como la época imperial, y sería difícil que se hubiera esperado tantos siglos para hacer lo que implicaban, tanto más, cuanto que la tendencia del derecho, señalada por Dernburg mismo, á favorecer los intereses de las clases ricas, es mucho más cierta para la época antigua que para la posterior (1). Creo haber sentado en el pasaje antes citado con qué gran facilidad la transmisión de la relación de tenencia se efectúa en Roma de los hijos y de los esclavos á los colonos y á los inquilinos.

Mi estudio acerca del desenvolvimiento literario de la voluntad de poseer se termina por la conclusión siguiente: el dogma de la dualidad de la voluntad de poseer y de la distinción que determina entre la posesión y la tenencia, desde la época de los glosadores hasta el momento presente, no ha sido puesto en duda por nadie. Es una de las verdades mejor sentadas del derecho romano, y sea cual fuere la fuerza de la lucha que se ha producido sobre la fórmula exacta de la voluntad de poseer, la oposición existente entre ésta y la de tener no ha sido discutida por nadie, que yo sepa; figura hasta hoy en todos nuestros manuales como uno de los principios fundamentales de la teoría posesoria romana (2).

Y sin embargo, esta doctrina es absolutamente falsa; el derecho romano no conocía en realidad más que una sola voluntad de poseer. La diferencia entre la posesión y la tenen-

(1) Véase mi *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, p. 175 232.

(2) Arndts, § 135; Baron, § 112; Böcking, § 123, nota 22; Brinz (2.ª edic.), párrafo 125; Dernburg, l. c.; Keller, § 115, Kierulff, p. 343, nota; Puchta, § 123; Seuffert, § 105; Sintenis, § 22; Wächter, § 122; Winscheid, § 148 149. En el capítulo XI he citado las obras pertenecientes á los autores de la época anterior.

cia no es el resultado de una diferencia genérica en la voluntad de poseer, sino de una disposición jurídica que niega en ciertas circunstancias á las condiciones positivas legales de la posesión sus efectos ordinarios.

¿Cómo ha podido producirse esta falsa doctrina?

Las explicaciones que siguen nos lo dirán.

XIII

El «animus possidentis», de Pablo.

Ya antes he indicado brevemente que el objeto del presente capítulo y el del siguiente consiste en la prueba *intrínseca* á que es preciso someter la teoría subjetiva. Tiene por fin seguir esta teoría en su construcción, ya vista en el capítulo VI, y á la vez examinar si el cimiento sobre el cual se edifica su doctrina es seguro y si los materiales empleados son sólidos.

Todo ello es, cuando menos, muy discutible, según los resultados obtenidos por las pruebas *histórica* (VII-VIII), *procesal* (IX), *legislativo-política* (X) y *didáctica* (XI). Preciso es admitir que se ha cometido en la construcción alguna grave falta. Cuando un edificio, después de su terminación, resulta que es inhabitable, debe ser porque en él hay algo que no está en orden: los cimientos, los materiales, la construcción, ó acaso todo ello á la vez. Procuremos, pues, descubrir en dónde está el defecto.

Empecemos ante todo por los cimientos.

La gloria discutible de haberlos sentado corresponde á Pablo, quien en dos pasajes: L. 1, § 20, *h. t.*; L. 37, *de pign. act.* (13, 7), señaló el *animus possidentis* como condición de la posesión, negando la posesión en aquél al representante, y en éste al colono á causa de su ausencia. Si los compiladores de las *Pandectas* hubieran obrado con estos dos textos como los de las *Basílicas* (25, 1, 36; 50, 2, 1), que se limitan á citar la regla: el representante y el colono tienen la tenencia, sin reproducir el motivo de Pablo: *quia (procurator, tutor, curator) non habeat animus possidentis-quia conducenti non sit animus possesionem apiscen-*

di, la teoría subjetiva jamás se hubiera producido. En efecto, en parte alguna, en nuestras fuentes, se trata del *animus possidendi*; por supuesto, en el sentido de Pablo. Por mi parte, afirmo que jamás he podido descubrir la más leve huella. ¿La omisión de las *Basílicas* obedecía al sentimiento exacto de sus autores, de que no se trataba más que de una opinión puramente individual de Pablo, inconciliable con la teoría de los demás juristas romanos? ¿ó es que esta época había aprendido ya á conocer á su costa el *animus possidentis*, ó es, quizá, que la práctica no lo ha tenido en cuenta? No me detendré en estas cuestiones; en todo caso, creo deber señalar el hecho, no advertido hasta hoy, que yo sepa, de que los autores de las *Basílicas* no han estimado digno de ser incluído en su recopilación el *animus possidentis* de Pablo.

Trátase, pues, de una opinión individual de Pablo. Tal es la primera tesis que yo siento y formulo sobre el *animus possidendi* y que los defensores de la teoría subjetiva tendrán que recoger. Luego veremos si los partidarios de la teoría subjetiva han logrado mejor que yo descubrir en los demás juristas *huellas ciertas* (1) del *animus possidentis*.

Mi segunda tesis, que es decisiva, es la siguiente: El *animus possidentis*, de Pablo, no tiene el valor de un *principio de derecho*, sino que es sólo un punto de vista *constructivo*.

La falta cometida por la teoría subjetiva, y que es el punto de partida de todo lo demás, consiste en una confusión por virtud de la cual se ha considerado como una *verdad dogmática un punto de vista exclusivamente constructivo*.

Para que la demostración de esta segunda tesis implique, como yo espero, la convicción del lector, me será preciso desenvolver numerosas consideraciones, que deberá perdonarme. Me veré obligado á ir mucho más allá de la cuestión que nos interesa inmediatamente, haciendo entrar en la esfera propia de mi examen consideraciones generales, tales como la actividad constructiva de los juristas romanos y el carácter científico de Pablo.

---

(1) No puede considerarse como tal la L. 23, *h. t.*, de Tertuliano: *possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus*.

Examinemos, ante todo, más de cerca los dos textos de Pablo. De atenerse á ellos exclusivamente, es imposible no llegar á la conclusión á que ha llegado la teoría subjetiva.

Si el representante y el colono son poseedores porque les falta el *animus possidentis*, resulta que para ser poseedor es preciso tener este *animus*. Desde el punto de vista de estos dos textos la teoría subjetiva es completamente inatacable. No hay duda alguna.

Pero esos dos textos no son los únicos que tratan de esta cuestión; nuestras fuentes nos ofrecen también otros varios, que, lejos de confirmar el aserto de Pablo, lo contradicen radicalmente (XV), y, lo que más importa, contienen decisiones de casos concretos.

Aun cuando la decisión de Pablo tuviera la forma de un *principio abstracto*, no podría prevalecer contra el derecho, tal cual lo aplicaba la práctica romana, no siendo más que una construcción jurídica frustrada proveniente de un jurista aislado. Pablo mismo nos dará armas para combatirla en su tan conocida decisión de la L. 1, *de R. J.* (50, 17), sobre la relación de las abstracciones teóricas *(regula juris)* con el derecho realmente vigente: *nom ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.*

Pablo hubiera sido infiel á sus propias recomendaciones si hubiera querido establecer como regla que la naturaleza de la voluntad de poseer decide de la posesión y de la tenencia, porque esta regla no está tomada al *jus quod est.*

Ahora bien: si Pablo no ha tenido la intención de expresar una *regla de derecho*, ¿qué ha pretendido entonces?

Los dos textos no permiten dudas á este propósito. No tenía otro fin que justificar racionalmente la regla de derecho positivo, según la cual los representantes y los colonos no tienen más que la tenencia; es decir, de deducirla de la voluntad particular de poseer de esas personas; en suma, era un *ensayo de construcción jurídica*, al cual no debemos dar mayor valor que á los demás ensayos de construcción jurídica de los juristas romanos. Si tales construcciones están de acuerdo con el derecho positivo, las aceptamos; si no, las rechazamos como frustradas. Y aun cuando haya concordancia, no debemos darles más que

un valor puramente técnico y formal: no exigen más; no son sino *formas* dadas á la concepción jurídica para hacer accesibles y comprensibles por el pensamiento, ciertos hechos aislados, que sin ellas, se estimarían como meros hechos de derecho positivo haciéndolos así entrar en lo que yo llamaré el aparato lógico del derecho. Pero esas construcciones de lógica jurídica no tiene significación *real* como elemento material ó de fondo del derecho. La forma puramente lógica no puede en verdad engendrar consecuencias extrañas al derecho mismo. Las construcciones no tienen más que un valor formal técnico, y no en modo alguno un valor real y material ó de fondo.

He ahí el punto saliente de toda la teoría del *animus domini:* viene á ser la transformación ya indicada de la significación puramente técnica del punto de vista de Pablo, en un valor dogmático y práctico.

Ya antes hemos visto otro ejemplo de una transformación semejante, relativa también á la teoría de la posesión no se trata, pues, de un caso aislado: el ejemplo anterior referíase al uso dogmático hecho por varios juristas modernos del punto de vista puramente técnico sentado por Celso para el *constitutum possessorium.* ¿A dónde iríamos á parar si estimásemos utilizables todas las tentativas de construcción jurídica, tan á menudo frustradas, de los juristas romanos? Por muy alto que yo ponga el valor de esos juristas, no puedo menos de decir que sus ensayos constructivos rayaban muchas veces en lo absurdo.

Asi, la *usucapio libertatis* de la *servitus ne prospectui officiatur*, no puede ser basada sobre la existencia de un árbol, *quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris* (L. 7, *de S. P. U.*, 8 2); ahora bien: el verdadero motivo consistía en que la construcción de un muro contiene una protesta del propietario contra la servidumbre, y en que un árbol no implica semejante protesta. Ocurre lo mismo con la pérdida de la servidumbre que con su adquisición; una y otra suponen disposiciones tomadas ó actos realizados que implican y anuncian á la parte contraria la *pretensión* bien sea de librarse de la servidumbre ó bien de adquirirla. Las circunstancias de puro hecho, tales como el paso del agua por

canales defectuosos, la extensión de las ramas de los árboles, el paso de mis patos, ó de mis gansos, ó de mis gallinas, por el fundo vecino, no forman la base de una servidumbre por mucho tiempo que hayan durado.

Por otra parte, vemos al autor de la especificación adquirir la propiedad, porque la cosa nueva es *res nullius* (L. 7, § 7, *de A. R. D.*, 41, 1), por ocupación. Sería necesario inferir de esto que el ladrón que hubiera tenido la habilidad de colocarse en el lugar del especificador en la aprehensión de la cosa, en el último período de la obra de especificación, se haría su propietario.

Pablo ocupa el primer lugar en cuanto á ese género de ensayos de construcción jurídica frustrada, y como es preciso poner al lector en situación de poder juzgarle, citaré á este propósito algunos de los referidos ensayos á título de ejemplos.

La idea que ellos nos darán de Pablo nos lo hará ver como un fanático desenfrenado de la construcción; no puedo servirme de otro término. En su ciego ardor, se deja llevar por explicaciones de tal naturaleza, que está uno tentado á preguntarse si acaso tenía en firme su buen sentido. Reconozco que mi apreciación es severa; jamás, quizá, se ha formulado otra igual respecto de un jurista romano. Yo hubiera podido formularla en términos no tan duros, evitando así el escándalo á que me expongo; pero lo hago con intención, á fin de destruir por su base la fe tradicional en la autoridad de los juristas romanos, en virtud de la que se pone en la misma línea todo cuanto de ellos proviene y que tan pernicioso ha sido para nuestra doctrina actual. Yo quiero someter á Pablo á una crítica rigurosa. Si no es fundada la crítica, recaerá sobre mí con mayor fuerza; pero si lo es, nos abrirá los ojos, permitiéndonos así contemplar su *animus possidentis* tal cual en realidad es.

Tomaré todos mis ejemplos de la teoría de la posesión. Parece haber sido ésta su materia favorita: era como el terreno en el cual se creía el hombre llamado á ser reformador. Para sentar de la mejor manera el contraste que le distingue de los demás juristas, opondré frente á cada uno de sus ensayos de construcción jurídica la solución dada á la misma cuestión por otro jurisconsulto.

Sabido es que la *lex Scribonia* había abolido la prescripción de las servidumbres. Era ésta una disposición puramente positiva, con la cual nada tenia que ver la construcción jurídica. No puede, en efecto, haber sido exigida sino por la experiencia del peligro que la prescripción de las servidumbres ofrecía en la práctica. Si Pablo quería indicar algún motivo, hubiera debido mencionar ese motivo práctico. ¿Y qué ha hecho? En la L. 14 pr., *de serv.* (8 1) presenta esta prescripción como jurídicamente imposible, sin parar mientes en su existencia anterior; ¿por qué imposible? *Quia tales sunt servitutes (prædiorum rusticorum), ut non habeant* CERTAM CONTINUAMQUE POSSESSIONEM, *nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* No se le ocurrió siquiera la idea de que de ese modo la posesión de los fundos lejanos sería también imposible, porque el poseedor tampoco puede *tam perpetuo, tam continenter ire (arare, serere,* etc.), *ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur.* ¿Y qué decir después de las *servitutes prædiorum urbanorum*? Sin duda, aquí hay ejercicio continuo, *continua possessio.* Pablo lo ve, y sale del paso diciendo: *idem et in servitutibus prædiorum urbanorum* OBSERVATUR; lo que equivale á decir, que sin duda los puntos de vista por él tomados no nos sirven en este caso, pero que prácticamente no por eso dejan la cosas de ser lo mismo.

¡Qué bancarrota tan clara!

Si la idea de Pablo hubiera sido exacta, la prescripción debería aplicarse también á las servidumbres urbanas; pero no, se la rechazaba, luego la idea era falsa. ¡Magnífico espectáculo! La menor rechaza ante nuestra vista á la premisa.

Si un jurista actual diera un ejemplo semejante de irreflexión, incurriría con justicia en la burla y en el desprecio. ¿Es que las cosas deben pasar de otro modo cuando una deducción como esa brota de labios de un jurista romano?

Comparemos esta decisión de Pablo con la de Ulpiano, en la L. 10, § 1, *de usurp.* (41 3). Tampoco indaga este el motivo legislativo, cosa que en general los juristas romanos hacen rara vez (1); pero señala con exactitud la situación, diciendo: *hoc*

(1) He aquí algunos ejemplos: la declaración tan conocida sobre el fin de

jure utimur; ésto es, se trata aquí de una disposición *positiva* no más, reconociendo, aun implícitamente, que podría ser de otro modo, mientras Pablo declara eso imposible.

En la L. 31, § 3, *de usurp.* (41-3), Pablo toca en la continuación de la posesión un caso de locura producida en el representante. Desde el punto de vista de la teoría posesoria, era esa una singularidad, y Papiniano lo reconoce así en la L. 14, § 6, *ibid.*, dando este excelente motivo: *ne languor animi damnum etiam in bonis afferat.* ¿Y qué hace Pablo? Como en el otro caso, trata de sentar que la disposición puramente positiva es *teóricamente necesaria.* Apenas puede creerse, aun leyéndola, su demostración. Cuando los representantes duermen, dice, la posesión no se pierde; ¡luego... tampoco se pierde la posesión cuando se vuelven locos! He ahí la sutileza, como siempre, camino del absurdo cuando se empeña en traspasar ciertos límites: lo sublime toca en lo ridículo.

Para adquirir la posesión por personas intermediarias, libres ó no, es preciso, nos dice la jurisprudencia y el mismo Pablo (Sent. Rec., V, 2, 1), la voluntad en la persona del representante. ¿Cómo armonizar con eso la adquisición por los esclavos de la posesión de su peculio á espaldas de su señor? Papiniano responde en estos términos, en la L. 44, § 1, *h. t.*: UTILITATIS CAUSA *jure* SINGULARI *receptum, ne cogerentur domini par momenta causas et species peculiorum inquirere.* La explicación es perfecta, exacta, puesto que aquí falta la *scientia domini.* Pablo trata nuevamente de poner á un lado la singularidad. No debe sorprendernos eso, dice *(nec movere nos debet, quod... etiam ignorantes possidemus, quas servi peculiariter paraverunt);* el esclavo representa á su señor en el *animus* como en el *corpus (videmur eas eorumdem et* ANIMO *et corpore possidere).* Pero si cabe la representación del esclavo, ¿por qué no ha de ser ésta posible por un *hombre libre?* Pablo comete aquí la misma falta que en el caso antes indicado de las servidumbres prediales; fúndase en un punto de vista que, si fuese cierto, debería valer

---

la usucapión, en la L. 1, *de usurp.* (41-3); sobre el destino de las estipulaciones para los intereses propios de los estipulantes, en la L. 37, § 19, *de V. O.*, (45 1); la continuación de la posesión en caso de locura, en la L. 44, § 6, *de usucap.* (41-3); la función económica del dinero, en la L. 1, pr., *de C. E.* (18 1.

no sólo para la relación que invoca, sino para todas y siempre. En la L. 1, § 5, *h. t.*, refiere la opinión de juristas anteriores que habían querido reparar singularidad semejante, diciendo: *quia* NOSTRA VOLUNTATE *intelligentur possidere, qui eis peculium habere* PERMISERIMUS, sin decir lo que por su parte piensa. Esta opinión era también errónea, porque por la muerte del amo no era hecho de la *nostra voluntas*. Y sin embargo, en nada cambia la posesión del peculio; ésta continúa y es adquirida de nuevo, aun sin capacidad de querer en la persona del amo (*hereditas jacens*, *infans*, *furiosus*. L. 1, § 5, *h. t.*, cit.).

Papiniano había estado en lo firme: tratábase en verdad de una singularidad que tenía su razón de ser en las relaciones de la casa romana y que se limitaba solo á ellas.

¿Cómo es posible que se llegue á adquirir la poseión por personas libres? Pablo contesta, en sus *Sententiae receptae* (V. 2, 2): trátase de una *singularidad*: *per procuratorem acquiri nobis posse* UTILITATIS CAUSA *receptum est;* y en la L. 1, § 20, *h. t.*: eso no es una *singularidad*; puede deducirse racionalmente como *necesario*. Me reservo para hacer más tarde la crítica de este último intento de construcción jurídica de Pablo; por el momento basta esta indicación que debemos anotar.

El recorrido que acabamos de hacer à través de los ensayos constructivos de los juristas romanos, y especialmente de Pablo, habrá justificado mi opinión respecto de ellos y demostrado al propio tiempo cuán equivocados estaríamos si quisiéramos concederles otro valor que un valor puramente técnico y formal. Los juristas romanos, según mi saber y entender, no han corrido jamás este peligro; no recuerdo haberles visto jamás sacar consecuencias prácticas de un punto de vista puramente constructivo: su fino tacto les preservaba de este escollo. Sus construcciones, como tantas otras cosas, corresponden á la gimnástica de la enseñanza; su destino es modesto: un destino simplemente académico. Varias de ellas han sido hechas, sin duda, para los principiantes solo; parécense á las explicaciones que damos á los niños cuando no podemos mostrarles claramente el verdadero estado de las cosas ó las desconocemos; explicaciones para ellos suficientes, porque no pueden penetrarse de la falta de consistencia de las mismas.

Y vuelvo á Pablo, para acabar, con otros rasgos nuevos, el retrato de su personalidad científica.

En la L. 153, de R. J. (50, 17) (1), nos ha conservado la regla formulada sobre la pérdida de la posesión:

> *Fere quibuscunque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis acquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

Esta regla forma digno contraste con su *animus possidenti*: como él, es en absoluto una invención, hecha con un desprecio completo del derecho realmente aplicado en la práctica romana. Es una abstracción doctrinal, en la cual ha desconocido torpemente la buena doctrina que enseña en la L. 1, de R. J. (50, 17): *non ex regula jus sumatur, sed ex jus quod est, regula fiat.* No es esta ni la primera ni la última de sus contradicciones según veremos. Como su *animus possidentis*, esta regla ha dificultado no poco la doctrina moderna. Por muchos que sean los medios empleados para darle un sentido aceptable (2), no cabe duda que contiene uno de los peores ensayos de abstracción, si no el peor, de cuantos ha podido intentar un jurista romano, siendo yo en esto por completo de la misma opinión que Pininski (3). Papiniano, el maestro de Pablo, puede ser responsable de esto en parte. Este, para motivar, en la L. 46, *h. t.*, la regla de que no se puede perder, *corpore*, por la *occupatio* de otro, la posesión que se tiene en *animus* sobre los fundos lejanos, invoca la analogía de la extinción de las obligaciones: *ut enim eodem modo vinculum obligationis solv tur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae* SOLO ANIMO *tenetur.*

La idea que por su espíritu flotaba era, en mi concepto, la siguiente: la *possessio quae solo animo tenetur* tiene, como la obligación, una existencia puramente ideal, que no depende en

(1) Reproducido en resumen en la L. 8, *h. t.*

(2) No puede sostenerse con el sentido que Savigny, p. 331 y siguiente le atribuye. Así creo haberlo demostrado cumplidamente en *El Fundamento de la protección posesoria* (trad. esp.)

(3) En *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes*, p. 156.

su duración de las condiciones de hecho; los acontecimientos de puro hecho no pueden, pues, resolverse ni en una ni en otra; el poseedor y el acreedor están protegidos contra el peligro posible de experimentar pérdidas á espaldas suyas. En esos límites la comparación era perfectamente exacta, siendo eso todo lo que Papiniano debía decir. Pero el paralelismo que admite tácitamente en el establecimiento y la disolución, tanto para la posesión como para la obligación, es erróneo. En primer lugar. la posesión no puede ser adquirida *animo*, como la obligación: para que nazca es preciso el *corpus*, pero no hace falta para continuarla. Además, la disolución de la obligación exige un acto de voluntad positiva, mientras que cuando el poseedor ha obtenido el conocimiento de la *occupatio*, la posesión puede también perderse por inacción. De ese lado, pues, el ensayo constructivo de Papiniano resultaba indudablemente frustrado. Por otra parte, no podemos concederle valor alguno en lo tocante al elemento indicado de su idea. ¿Qué conclusiones, en efecto, pueden sacarse para la posesión del aspecto de las cosas en las obligaciones? ¿Es acaso la analogía de la obligación la que ha determinado á los romanos á dar á la posesión su fisonomía? Muy al contrario, se han determinado por consideraciones prácticas, y así, invocar la analogía de las obligaciones equivale á perturbar, más que á favorecer, la exacta comprensión de las cosas.

La idea de Papiniano no era, pues, feliz.

Pablo se había *cogido* á esta idea, que había sido formulada exclusivamente para un aspecto particular de la relación posesoria, para la posesión *animo;* después la ha generalizado, erigiéndola en regla para la pérdida de la posesión. El principio de la correspondencia entre el establecimiento y la extinción de las relaciones jurídicas, por el cual se ha dejado guiar la doctrina antigua, únicamente en el respecto de la *forma del acto jurídico* (1), toma en él el aspecto de un principio *fundamental* del derecho: Los *actos contrarios (in contrarium actus)* que se verifican para disolver una relación posesoria, deben corresponderse con las condiciones reales exigidas para establecerla. Esta idea

(1) Véase mi *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, pág. 625.

es del principio al fin tan falsa, tan insana, tan absolutamente insostenible, que sería perder el tiempo insistir acerca de ella todavía. Mas para el efecto que aquí persigo, tiene un valor inapreciable, en cuanto pinta de un solo rasgo á todo el hombre. Que las concepciones que en él se producen respondan ó no al derecho realmente en vigor, le tiene sin cuidado; el derecho, en su opinión, está en el error, ó no ha llegado aun á tener conciencia de sí mismo; la misión y la tarea del jurista está en trazarle el camino que debe recorrer, ó en aclarar de un modo adecuado las ideas aun confusas que en él palpitan.

En otro asunto, el mismo jurista da una nueva prueba de esta soberana presunción del pensamiento jurídico que se afirma frente al derecho positivo, y del cual acabamos de citar el ejemplo más sorprendente. Las personas jurídicas pueden poseer. Eso estaba fuera de duda en los tiempos de Ulpiano, según él mismo lo atestigua en las L. 2, *h. t.*, y L. 7, § 3, *ad exhib.* (10, 4); siendo cierto que cuando menos se remonta hasta esa época. Inútil es decir por qué era eso necesario. Pero no encajaba ello en la teoría de la voluntad, de Pablo, y no vacila, en la L. 1, § 22, *h. t.*, en negar la posesión á las personas jurídicas, y no (lo que no dejaría de tener algún sentido) porque no era posible el *corpus* en ellas, como seres incorporales, sino porque no tienen el *animus: ¡quia* UNI CONSENTIRE *non possunt!* ¡Como si una persona jurídica existiese sin *voluntad*, y como si todas las resoluciones que toma no revelasen la existencia de esta voluntad! Pero la voluntad de poseer es, en su opinión, algo muy especial, y como no lo encuentra tal cual se imagina en las personas jurídicas, les niega sin más la posesión: «lo que no puedo construir, lo suprimo.»

El juicio injurioso que emite sobre Quinto Mucio Scaevola, y que antes ya reprodujimos, es también muy propio para completar la fisonomía del hombre. El, para quien el dogma nuevo de la escuela se había convertido en una verdad absoluta, no comprendía la consideración concluyente que el jurista había citado en apoyo de su opinión. Estimar la relación del *inmissus* como posesión, cuando fácilmente podía aprender en la escuela de sus maestros que era una mera tenencia, he ahí la falta más grave que puede concebirse en verdad, ¡una falta contra los

principios! Formular falsas reglas del derecho; negar toda obediencia al derecho, como él hace, y como su gran predecesor jamás ha hecho, ¿qué vale al lado de una falta contra los *principios del derecho?*

Creo con esto haber colocado al lector ya en situación adecuada de formarse un juicio sobre la individualidad científica de Pablo. Me recuerda por entero á Puchta: Pablo es el Puchta de la antigüedad romana (1). Hay efectivamente en ambos el mismo fanatismo de construcción jurídica, que, en su ardoroso entusiasmo, no advierte las lagunas de sus puntos de vista, y que llega en Pablo hasta el paroxismo ciego. Hay en ambos el mismo hervir de la lógica que declara, sin fijarse, imposible lo que le conviene y necesario también lo que le conviene, sin permitir la hipótesis de otra explicación; la misma intolerancia con las opiniones ajenas (2) cuando no se armonizan con las nociones tal cual por ellos se han formulado. Pablo y Puchta son ambos espíritus superiores, pero de naturaleza violenta y despótica en materia científica; verdaderos doctrinarios inflexibles. Si nuestro derecho teórico actual quisiera buscar un patrón entre los juristas romanos, lo encontraría en Pablo. La parte de ese derecho que se relaciona con la teoría de la voluntad de poseer, pesa toda sobre su conciencia.

Ya he dicho antes que la posesión ha ejercido sobre Pablo con gran fuerza un atractivo especial. Ningún otro jurista se ha consagrado á ella con tanta predilección, ni la ha examinado con tanta intensidad, ni ha procurado introducir en ella de un modo tal sus propias ideas individuales. Y no es esto una

---

(1) No creo rebajar el gran respeto que siento por Puchta, á quien tanto debo en mi desenvolvimiento anterior, y á quien pongo muy alto, si caracterizo francamente lo que había de falso en su dirección, la cual yo mismo seguí un tiempo con gran fe. No puedo hacer aquí una demostración completa, y me remito al *Esp. del D. R.*, tomo 3.°, págs. 310-311, y á *Scherz und Erns in der Jurisprudenz.*, páginas 328 y siguientes. Hago iguales reservas respecto de mi juicio sobre Pablo. No se me ha pasado por las mientes desconocer el rango que entre sus contemporáneos le toca; pero eso no impide exponer francamente cuanto hay de falso en su doctrina.

(2) Un digno compañero del *ineptissimus* de Pablo encuéntrase en Puchta, *Pandekten*, § 135, donde, refiriéndose á Justiniano y al derecho canónico, designa la noción de la *actio spolii* en la práctica como una «opinión que se aniquila por sí misma como absurda».

casualidad. No hay materia del derecho que sea tan atractiva como la de la posesión, dada sobre todo la índole de su espíritu, ya que ninguna otra deja al teórico tan gran amplitud.

La posesión es la institución molusco. Blanda y flexible como el molusco, no opone á las ideas que se quieren introducir en ella, la misma resistencia enérgica que las instituciones vaciadas en moldes de formas rígidas, como la propiedad y la obligación. De la posesión puede hacerse todo cuanto es posible; podría creerse que ha sido creada para dar la más completa satisfacción al individualismo de las opiniones personales. A quien no sabe producir nada que sea adecuado, ofrécele la posesión el lugar de depósito más cómodo para sus ideas malsanas. Podriamos llamarla el juguete que el hada del derecho ha puesto en la cuna de la doctrina para ayudarle á descansar, divertido, de su ruda labor; es una figura de cautchuc, á la cual puede darse las formas que se quieran.

Después de los ejemplos que acabo de exponer de los ensayos de construcción jurídica violentos y frustrados de Pablo, abordaré ya el último, para el cual han debido prepararnos convenientemente todos los ejemplos anteriores: el de su *animus possidentis*.

Ningún otro jurista romano se ha ocupado tanto como él con la voluntad de poseer. En todos los demás juristas no se tropieza con ella tantas veces como en él solo. Dejaré hablar á los textos.

1. Para adquirir la posesión es preciso el *animus* y el *corpus*.—L. 3, § 1; L. 8, *h. t.;* L. 153, de R. J. (50, 71); Sent. Rec. V, 2, 1. Pablo *es el único jurista de quien proviene esta regla.*
2. El *animus* falta en los *infans* y en el loco.—L. 1, §§ 3, 9, 10; L. 32, § 2, *h. t.*
3. En las personas jurídicas.—L. 1, § 22, *h. t.*
4. En el: *qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.*—L. 41, *h. t.*
5. En la adquisición de la posesión por el representante directo, el *animus* radica en la persona del repre-

sentado, el *corpus* en la del representante.—L. 3, § 12, *h. t.*

6. En la posesión del peculio, el *animus* del esclavo sustituye al del dueño.
7. El pupilo no obtiene la posesión sin su tutor, sino cuando tiene el *animus possidendi.*—L. 4, § 1, *de usurp.* (41, 3).
8. El colono no posee: *cum conducenti non sit animus possessionem apiscendi.*—L. 37, *de pign. act.* (13, 7).
9. El representante no posee tampoco: *quia non habeat animum possidentis.*—L. 1, § 20, *h. t.*
10. El sustituto usucapia: *quamvis possis videri non pro tuo possideri, cum nihil intersit quod mandati judicio tenearis.*—L. 13, § 2, *de usurp.* (41, 3). Es decir, le falta el verdadero *animus.*
11. El acreedor posee la prenda, pero no tiene la *opinio domini.*—L. 22, § 1, *de nox. act.* (9, 4). *Possidet pro alieno.*—L. 13 pr., *de usurp.* (41, 3).
12. En la adquisición de la posesión por los esclavos, el *animus* de éstos es determinante, aun cuando han obrado por orden de sus amos; si tuvieren la intención de adquirir por otro, éste obtiene la posesión.—L. 1, § 13, *h. t.*
13. La posesión se guarda por el *in contrarium actum*, con relación al *corpus* ó al *animus.*
14. Se puede enajenar la posesión por la mera renuncia al *animus possidendi.*—L. 3, § 6, *h. t.*
15. La locura que sobreviene en el tenedor no extingue la posesión: equivale al sueño.

Con esto paréceme haber presentado la prueba que me incumbía. El *animus* desempeña un papel en Pablo, más grande que en todo otro jurista; no se cansa de examinarlo en todas las aplicaciones concebibles, y más de una de las reglas formuladas son cosa suya exclusiva; no se presentan en ninguno de los demás juristas. Ya hemos demostrado, en parte, á qué violentas manipulaciones, claramente falsas, ha tenido que recurrir; lo demostraremos luego también para las reglas 10 y 11. La 12,

¿ha sido bien acogida de parte de los contemporáneos? No puedo concebir que se acogiese bien consecuencia tan falsa de su teoría del *animus*. Un jurista de la época antigua no hubiera podido comprender una regla tal, que destruía hasta en sus cimientos el poder dominical, poniendo al señor en manos del esclavo. Para concebirla hubiera debido empezar por aprenderla con Pablo, que le enseñaría esa y otras cosas más sorprendentes; y además hubiera debido reconocer el influjo que la voluntad de poseer ejercía sobre la relación posesoria, según Pablo; con lo cual llegamos nosotros después de tan largo rodeo, á nuestro tema verdadero. Cuanto precede no ha tenido otro objeto que prepararlo.

Si se hubiera preguntado á un jurista de la época antigua: ¿cómo es que el colono sólo tiene la tenencia? ¿es porque su voluntad tiende á esta última?; hubiera contestado: la voluntad del colono no tiene nada que ver en el asunto: obtiene la tenencia porque el derecho lo ha dispuesto así, por motivos muy buenos. Los mismos contemporáneos de Pablo no pensaban de otro modo, según veremos (XV). ¿Cómo, pues, ha podido Pablo concebir la idea de poner el motivo en la voluntad de poseer? Sin duda ha debido apoyarse en algo. La explicación que sigue va á decírnoslo. Un error queda por completo en situación de no perjudicar, no solamente cuando se ha refutado, sino cuando se ha logrado agotar la fuente de donde mana.

¿A qué debe tender la voluntad en el cumplimiento de un acto jurídico, hacia este acto mismo ó hacia las consecuencias que la ley le atribuye? Poner la cuestión, es resolverla. Si la voluntad debe dirigirse, no hacia el acto *(a)*, sino hacia las consecuencias *(c)*, la ignorancia de éstas, esto es, el *error de derecho*, anularía el acto. El heredero que ha aceptado la sucesión sin saber que responde de la deuda *ultra vires*, podría declinar esta responsabilidad por ignorancia. Del propio modo el delincuente podría rechazar la pena, ó la pena grave, por ignorarla. El juez, según eso, debería, en todos los casos, investigar previamente si el que ha obrado ha conocido las consecuencias de sus actos. Lo cual sería ir contra la seguridad del derecho, que descansa en la certidumbre de que se sufrirá inevitablemente las consecuencias (*c*), resultando su aplica-

ción insoportablemente llena de obstáculos y de complicaciones.

De ahí se origina la regla que para determinar el alcance de la voluntad en los actos jurídicos, es preciso considerar *a* y no *c* (1). La realización de *c* se cumple, en efecto, sin la intervención de la voluntad individual, en virtud de la *ley* que ha referido *c* á *a* como cosa inevitable. Si no cabe *cambiar* esto por el motivo de que no se *ha querido,* tampoco cabe justificarlo porque se ha querido.

Pablo ha cometido esta última falta en la cuestión de la posesión. Ha referido á la voluntad las consecuencias que el derecho romano da á ciertos actos jurídicos con relación á la posesión. Según el derecho romano, el colono y el representante tienen siempre la tenencia, sépanlo ó no, y quiéranlo ó no; la tenencia es la *c* que se refiere como consecuencia inevitable á la *a* del acto jurídico (2), y respecto del cual, por consiguiente, la dirección de la voluntad individual es perfectamente indiferente.

La falta que Pablo ha cometido no es única, se ha repetido: nuestra doctrina actual la ha cometido no pocas veces: por ejemplo, con relación al establecimiento de las relaciones patrimoniales referidas por la ley á la celebración del matrimonio. Para dejar á salvo el mantenimiento de las relaciones existentes entre esposos que han cambiado de domicilio, á pesar de la ley diferente del domicilio nuevo, se ha recurrido á la idea de que esas relaciones descansan en la voluntad de las partes. El fin perseguido es perfectamente exacto, pero el medio es malo. Los efectos del matrimonio, en cuanto á los bienes de los cónyuges, constituyen nuestra *c*, que se enlaza inevitablemente con la *a* del matrimonio, siempre que no haya mediado convención contraria para excluirla. La circunstancia de que esos

(1) Véase una oposición formal de esos dos elementos en la L. 13, § 2, *Com.* (13, 6): *nec obstat, quod non* HAC MENTE... *contraheremus, quasi cum obligatum habituri,* PLERUNQUE *enim id accidit, ut extra id quod* AGERETUR (nuestra *a*) TACITA *obligatio nascatur* (nuestra *c*).

(2) Me limitaré á citar la L. 21, *de usurp.* (41, 3): ... *nullius momenti locatio est* ... SEQUITOR ERGO, *ut ne possessionem quidem locator retinuerit.* Para las otras pruebas, véase el cap. XV.

efectos hayan *podido* ser excluídos por una voluntad contraria, no autoriza en manera alguna á atribuir su realización á la voluntad de los cónyuges (1); en no pocos casos, éstos no habrán tenido siquiera noticia de ello.

El razonamiento indicado descansa en la hipótesis de una oposición entre *a* y *c*. Fuera de ella no tiene consistencia. En efecto, cuando yo ejecuto *a*, ¿qué es lo que yo tengo en cuenta? No es sólo ese acto jurídico, sino sus consecuencias; cuando yo quiero *a*, quiero por lo mismo *c*. ¿Toda *c*? El jurista no duda; quiere todas las consecuencias legales, porque las conoce; pero ¿y el hombre ordinario? No tiene la menor idea de la mayoría de ellas: llegan á él como una fatalidad. Sin duda, en un pequeño número de actos jurídicos, tiene plena conciencia de *c*; por ejemplo, en el préstamo; sabe que recibe el dinero para disponer de él libremente y que debe devolverlo; la voluntad dirigida hacia *a* implica por completo *c*. Pero en la mayoría de los actos jurídicos, *c* excede del conocimiento del hombre ordinario, pudiendo decirse sólo que no ha querido más que la *c* de que se da cuenta. Mas la ley ha fijado *c* á su manera, y el único medio que se procura de lograr la *c* de que se da cuenta, consiste en tomar todo la *c* legal. Si no quiere no puede hacer *a*; si hace *a*, la *c* legal se verifica en todo caso. De esta manera puede obtener, ya *menos*, ya *más*, de lo que ha querido. Es indiferente que el inventor del tesoro sepa que le pertenece, que la caución sepa que tiene el *beneficium divisiones* ó que la mujer intercedente sepa que tiene la *exceptio Sti Vellejani*.

El conocimiento de la existencia de las *condiciones* del acto no es menos indiferente que el de sus *consecuencias* (2). Si el *tradens* es realmente propietario, mientras que el *accipiens* cree lo contrario, no por eso este último deja de adquirir la propiedad. Si el que se obliga es en realidad capaz de obrar, aun cuando equivocadamente se considere incapaz, queda obligado. También en estos casos, si la validez del acto dependiera de la vo-

---

(1) *Non* VELLE *debet, sed* NON NOLLE. L. 1, § 3, *de trib. act.* (14, 4).

(2) Véanse las pruebas de lo que sigue, en mi *Abhandlung* en mi *Jahrbücher*, II, págs. 157 y siguientes.

luntad individual, debería ser discutida, porque en el primer caso hay quien no tiene voluntad de adquirir la propiedad, por considerar la adquisición imposible, y en el segundo no hay voluntad de obligarse, porque se ha reconocido el sujeto sin capacidad para ello. Pero la validez del acto jurídico *a*, es decir, nuestra *c*, es tan independiente de la creencia de las partes, tanto en lo referente á sus *condiciones*, como en lo relativo á sus *efectos*. La creencia errónea en la no existencia de las condiciones, que al propio tiempo implica la creencia errónea en la no realización de las consecuencias, no aniquila la voluntad dirigida hacia *a*.

La *affectio auctoris*, según la L. 2, § 2, *pro emt.* (41, 4), existe aún: *cum rem putat alienam, quæ sit venditoris*. Cabe aplicar aquí la conocida regla de los juristas romanos: *plus est in re quam in existimatione mentis*, que por mi parte sostengo en el sentido aceptado hasta el día, á pesar de las objeciones recientemente formuladas; esto es, es preciso atenerse á la existencia *objetiva* de las condiciones de *a*, y no á la existencia *subjetiva* de la creencia y del conocimiento de las partes.

Acabo con lo dicho de exponer un resumen de la teoría de los juristas romanos sobre la voluntad en los actos jurídicos. Es uno de los hechos más notables de la antigua jurisprudencia de Roma, la concepción de esta teoría de una manera que yo llamaría abstracta, sin conceder influjo alguno á las desviaciones de la voluntad individual.

En la jurisprudencia posterior se dibujaron aquí y allá ciertas tendencias, que estimo poco acertadas, encaminadas á tener en cuenta la voluntad individual (1).

(1) Citaré, á título de ejemplo, el *animus contrahendæ societatis*, en la L. 44, *pro soc.* (17, 2), que, según aquí se ha invocado, forma digno juego con el *animus possidentis*, y con el *animus revertendi* de los animales, en la L. 5, § 5, *de A. R. D.* (41, 1). Sin embargo, es de notar que este último, que se presenta también en los esclavos (L. 47, *i. f. h. t.*), no es lo que á primera vista pudiera parecer. Cabe preguntarse lo que significa la regla que hace depender la conservación de la propiedad sobre el animal doméstico de su *animus revertendi*, que no podrá probarse, y que prácticamente está reemplazado por la *consuetudo revertendi*. ¿Por qué ésta no se señala sola, y por qué se insiste sobre el *animus*, que en la práctica no tiene la menor importancia? La indicación del *animus* de parte de los juristas romanos contiene una idea completamente exacta, y hasta ingeniosa. La etimología nos muestra el *dominus* como el que

Refiérese á las propensiones individualizadoras de la jurisprudencia nueva; fenómeno éste que me he propuesto describir de una manera detenida en la parte tercera de mi *Espíritu del Derecho Romano*, y que no es posible hacer aquí.

---

ha domesticado seres vivos (animales y esclavos).—(Sansc.; *dom. domay;* Grieg.: δαμ άν; Lat.: *dom are, dom-inus;* Alem. antig.: *zam.;* alem. moderno: *zähm, zahmen*. Vanicek, *Griech. latein etym. Wörterbuch*, I, p. 34.)—La domesticación es el hecho que ha llevado la noción de propiedad al conocimiento de los pueblos arios. No había entre ellos propiedad privada, en el origen, sobre cosas inmuebles, sino propiedad común. La idea de la relación *exclusiva* del individuo con la cosa ha sido reconocida primeramente con el *animal* y ha recorrido diversas fases, que nos representan los tres modos conocidos de la vida de los pueblos: pueblos que viven de la caza y de la pesca; pueblos pastores que avanzan con sus rebaños cuando los pastos se agotan; pueblos agricultores que se fijan en un lugar dado á causa del trabajo que han consagrado al suelo. Así como en las dos primeras fases lo que en el animal se buscaba era la *sustancia*, en la tercera se atendía al aprovechamiento de su *fuerza* para la explotación *(a)*.

La domesticación, y en su virtud, la propiedad, toma en los animales un triple aspecto diferente, que designaré, para abreviar, con los nombres de *domesticación mecánica* y *domesticación psicológica*, aplicada al individuo *aislado* ó aplicada á la *especie*. La primera aplícase á los animales salvajes que el hombre tiene *exteriormente* en su poder *(custodia:* L. 3, § 2, *ibid.)*. Con su poder cesa la propiedad. La segunda se aplica á los animales salvajes que aquél ha puesto *intrínsecamente* en una relación de dependencia respecto de él. En este caso se ha domado por el hombre, no sólo el cuerpo, sino el alma del animal—el *animus*—. Manifiéstase esto en que, á pesar de la libertad exterior que le es concedida, el animal, sin embargo, sigue en la casa, vuelve á ella *(animus revertendi)*. Con la dependencia intrínseca del animal, ó del poder físico que ejerce sobre él el propietario, cesa también el jurídico—la propiedad—. La tercera refiérese á los animales domésticos. En este caso no es sólo el individuo, sino que, á través de la historia, la especie resulta domada: el animal nace así: hállase jurídicamente entre las cosas muebles, cuya propiedad no cesa con la pérdida de la posesión. La cosa mueble *animada* no ejerce más resistencia contra el propietario que la cosa mueble *inanimada*.

Síguese de ahí, que la relación del animal en la segunda categoría se indica de una manera muy excelente con el *animus*, es decir, con la dependencia psicológica respecto del hombre. Y, sin embargo, no es esto exacto. Verdadero desde el punto de vista en filosofía del derecho, es falso para el jurista. Este no conoce el ANIMUS *revertendi*, sino la CONSUETUDO *revertendi*, única que puede ser objeto de la prueba; y he ahí por qué en la L. 5, § 5, cit., la

---

(a) Las brevísimas indicaciones que el ilustre Ihering hace en esta interesante nota, pueden verse respecto de los arios y de la condición primitiva de la humanidad pastoril y agrícola, ampliamente desarrolladas en su obra póstuma, *Prehistoria de los indoeuropeos* (trad. esp. del que esto escribe Madrid Suarez), uno de los libros más geniales y más hermosos, de corte más simpático y hasta agradable, que ha brotado de la pluma del autor de la *Teoría de la posesión* y del *Espíritu del Derecho romano*.—*(N. del T.)*

Con lo expuesto termino el largo rodeo dado para llegar por fin al *animus possidentis*, de Pablo, en las L. 1, § 20, *h. t.*, 37, *de pign. act.* (13, 7). No creo, sin embargo, que este rodeo resulte inútil; debémosle cosa de tanta importancia, cuando se trata de decidir el valor de un aserto aislado de un autor, como el conocimiento de su personalidad, de su método y de sus tendencias: pasemos ahora á los textos de Pablo. No examinaré de cerca más que el primero de los dos. El segundo trata de la falta de *animus possessionem apiscendi* en la persona del colono, y la situación es la misma que en la del representante, á que el primero se refiere.

Ese texto se presenta como un miembro aislado de una construcción. Pablo trata en la L. 1, § 20, de la adquisición de la posesión por intermediarios, y distingue dos formas: la adquisición por un representante *indirecto*, en la cual este último adquiere la posesión *(si* SUO NOMINE *nacti fuerint possessionem, nom cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent)*, y la adquisición por un representante *directo (si* NOSTRO NOMINE *accipiunt)*, en la cual el representado obtiene la posesión. Esta última forma no se conocía en el derecho romano antiguo, y un jurista de principios de la época imperial, *Javoleno*, declaraba imposible también la adquisición de la posesión por una persona que no se tiene bajo su potestad: L. 29, § 2, *h. t.*:

> *Neque enim* RERUM NATURA *recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo.*

Es esto característico á la vez de él y de las ideas de su tiempo, así como de los compiladores de las *Pandectas*, que han acogido una opinión tan completamente caída en desuso.

Lo que el jurisconsulto Javoleno declaraba *imposible*, Pablo trataba de demostrarlo como necesario. El mismo Pablo es quien declara en otra parte *(Sent. Rec.* V., 2, 2): *per procurato-*

---

concepción filosófica referida al estado de alma *interior* se completa por la dogmática práctica, encaminada hacia el hecho exterior de la vuelta. Si, á pesar de esto, la primera se toma por base de la *talis regula comprobata*, creo poder estimar eso como una prueba del aserto hecho: pasa con el *animus revertendi* lo que con el *animus possidentis*, de Pablo: la tendencia subjetivamente individualizante de la jurisprudencia posterior ha puesto en el lugar del elemento *práctico*, único decisivo, el elemento *interno*.

rem acquiri nobis possessionem posse UTILITATIS CAUSA *receptum est.* Así, según él, unas veces puede obtenerse la regla por vía de deducción jurídica, y otras se caracteriza como una disposición positiva contraria á la *ratio juris.*

Más hubiera valido que Pablo se abstuviera de intentar esta deducción. No le ha resultado mejor que la relativa á la exclusión de la prescripción en las servidumbres prediales y de la que más arriba hemos hablado. Tampoco aquí se ha preocupado con la circunstancia de que el derecho anterior ha dispuesto precisamente lo contrario de lo que él deduce como necesario. Si el representante no debe tener la posesión porque le falta el *animus possidentis*, ¿cómo la alcanzaba en la época anterior? ¿Tenía entonces quizá el *animus possidentis*, perdiéndolo después? Y si no lo tenía entonces tampoco, y, á pesar de todo, se le concedía la posesión, ¿no es esto una prueba de que el *animus* nada tiene que ver con ella? Pero admitamos que la jurisprudencia antigua no tuviera una idea exacta del *animus*, y que la época nueva haya llegado á reconocerlo de un modo exacto, siendo este el motivo de negárselo al representante: ¿qué tiene eso que ver con la regla que Pablo quiere deducir, á saber, que el representado adquiere la posesión por el representante?

El que realiza la tradición dice no posee: *quoniam cesserit possesionem*; el representante no posee tampoco: *quia nom habeat animum possidentis;* luego..... ¡el representado debe tener la posesión! En virtud de que uno pierde la posesión y que un tercero no la obtiene, resulta que esta posesión la adquiero yo. Un esclavo roba una cosa; la posesión del robado se extingue, el esclavo no la adquiere: ¿la adquiere por eso el amo? No, según la L. 24, *h. t.* Pablo pierde de vista la posibilidad de una tercera hipótesis: que la cosa resulte no poseída por nadie. A título de ejemplo citaré la tradición á un loco. Según la L. 18, § 1, *h. t.*, la posesión del que entrega se pierde, el loco no la adquiere, la cosa no está así en posesión de nadie.

El argumento de que Pablo se sirve en la L. 1, § 20, citada, es el mismo que aquel mediante el cual trató de probar en la L. 1, § 4, *h. t.*, que la mujer debe adquirir la posesión de la cosa que le ha sido donada por su marido. Dice aquí:

¿Nam quid adtinet dicere non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

Y allí dice:

Alioqin si dicamus, per eos non acquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessionem.

La misma deducción hubiera podido servirle para probar que el amo debía obtener la posesión de la cosa robada por el esclavo.

Lo menos que puede pedirse á una deducción lógica es que sea consecuente consigo misma. La de Pablo es falsa aun en este respecto; no tiene, en verdad, conclusión intrínseca.

No ha probado que el representado debe obtener la posesión, ni que la prescripción de las servidumbres prediales es imposible; la tentativa de probar que lo que existe es necesario se ha frustrado por entero en ambos casos en virtud de la misma bancarrota de la lógica.

El *animus possidentis* no resulta, sin embargo, con lo expuesto refutado. Aun cuando la alegación hecha por Pablo de la falta de este *animus* en la persona del representante, no basta para justificar la posesión de la adquisición por el representado, puede, no obstante, este último aserto ser exacto. Un argumento no pierde por completo su verdad por haber sido empleado falsamente.

¿Por qué niega Pablo el *animus possidentis* al representante? lo que puede haberle movido á ello es, á mi ver, que el derecho de su tiempo aprecia dos formas para procurarse la posesión por un intermediario: la forma antigua de la representación indirecta y la forma moderna de la representación directa. Ahora bien: supongamos ésta diferencia de *resultado* concebida como objeto de la *intención* de las partes, el *animus subjetivo* armonizado con el derecho *objetivo*, y obtendremos en la persona del uno el *animus possidentis*, y en la persona del otro la falta del referido *animus*.

La deducción sería incuestionable si fuese cierto que la decisión del representante para cualquiera de las formas, dependía del conocimiento y de la voluntad de las consecuencias atri-

buídas á la *relación posesoria*. Pero ahí está precisamente el error: la confusión de nuestro *a* con *c*. Aun cuando el intermediario no llegue á tener la menor idea de la existencia de esas dos formas ni de sus efectos obligatorios y reales diferentes, aquella de las dos, cuyas condiciones legales deben, según las circunstancias, admitirse como existentes, no por eso dejará de realizarse. La intención del intermediario limítase exclusivamente, á realizar por el mandante un acto determinado, circunscribiéndose á eso su voluntad. Ignora si ha asumido una obligación ó adquirido un derecho, si ha adquirido la posesión ó la tenencia, si puede obrar ó si se puede obrar en contra suya. Las consecuencias vienen sobre él, como tantas veces ocurre en derecho,no á causa de su voluntad, sino de la disposición legal que refiere á tal aspecto de la representación la responsabilidad y el derecho que le son propios, y á tal otro la exclusión completa de todas las diversas consecuencias jurídicas.

Mas tarde (XVI) tendré ocasión de explicar las condiciones legales decisivas en esta materia; bástame consignar aquí el principio jurídico de que la realización de las consecuencias que la ley atribuye á una y á otra forma de la representación, son tan independientes del saber y querer del representante, como la realización de las consecuencias jurídicas de la adición de la herencia ó de la conclusión de un contrato de venta, lo es del saber y del querer del heredero ó del vendedor, según los casos.

Aplicando lo que precede á la adquisición de la posesión por representante, es preciso advertir que el conocimiento y la voluntad del intermediario con respecto á la posesión posesoria que se atribuye á su acto de aprehensión, son perfectamente indiferentes aun en los casos en que quiera adquirir para sí. El representante indirecto adquiere la posesión para sí, aun cuando crea que el representado se convierte por él inmediatamente en poseedor y en propietario. El derecho objetivo es completamente independiente de la creencia de las partes. Niega la posesión á quien creía adquirirla para sí; en cambio, la concede á quien creía adquirirla para otro. Y hace bien, como veremos en el capítulo XVI al examinar la relación de representación.

Dos palabras no más para caracterizar la falta que Pablo ha

cometido al motivar la tenencia del representante directo por la ausencia del *animus possidentis*. Confundía los factores *a* y *c*. El intermediario no quiere sino *obrar para otro*; no necesita decidir en cuál de las dos formas posibles de la representación se verificará este *acto*, y no sabe de seguro si adquiere la posesión ó la tenencia. Pablo ha hecho de esta voluntad indeterminada de representar, perfectamente suficiente en derecho, una voluntad de adquirir, ya la posesión, ya la tenencia. Si hubiera estado en lo firme al especializar así la voluntad de representar en materia posesoria, la regla de derecho resultante, sería una de las reglas más detestables que pueden concebirse. ¿Cuál es, en efecto, fuera de los juristas, el hombre que sabe distinguir entre posesión y tenencia? Ahora bien: este hombre, extraño al derecho, sería el llamado á decidir si perseguía una ú otra, si ha tenido el *animus possidentis* ó no. Trátase, sin duda, de una de las ideas más falsas en que se ha obstinado ese doctrinario empedernido, el más empedernido de todos los juristas romanos.

El representante directo, según Pablo, no tiene la intención de poseer para sí. Qué pensar entonces, ¿del representante indirecto? ¿Tiene la intención de poseer para sí? En rigor, no, dice Pablo en la L. 13, § 2, *de usurp.* (41, 3); pero.... á pesar de eso: *diutina possessione capis, quamvis possis videri* NON PRO TUO POSSIDERE, *cum nihil intersit cum mandati judicio tenearis*. Según esto, el hombre no tiene la intención de PRO SUO *possidere*, y sin embargo, posee y usucapia. Un jurista con menos prejuicios que Pablo hubiera comprendido con esto lo que vale el *animus;* pero á Pablo la cosa no le preocupa absolutamente nada.

Creo que con lo expuesto hay bastante para demostrar cuán insostenible es la concepción del *animus possidentis*, de Pablo. En este caso Pablo ha persistido siendo el hombre que ya conocíamos: un doctrinario de buena cepa, que sustenta sus ideas fijas hasta el último extremo y á toda costa. Y tal es el hombre á quien la doctrina moderna, discípula de la jurisprudencia malsana por él inaugurada, ha seguido fielmente, sin previo examen y sin tener en cuenta para nada el derecho positivo.

Veamos ahora lo que dicha doctrina moderna ha hecho de su *animus possidentis*.

XIV

Crítica de la teoría subjetiva desde el punto de vista interior.

La teoría subjetiva tiene su origen en dos palabras de Pablo. Si al transcribirse los textos de Pablo en las *Pandectas*, esas palabras se hubieran suprimido, como se hizo en las *Basílicas*, dudo que tal teoría se hubiera formulado nunca. Las demás decisiones de las fuentes de Justiniano y de los Bizantinos, en las cuales, una vez puesto en autos, se ha creído poder descubrir huellas de la *animus possidentis*, por sí solas no la hubieran producido.

¿Dos palabras tan sólo?... Son más que suficientes. Para descifrar un enigma basta una sola, como para abrir un gran almacén basta una llavecita. Sin duda; pero cuando menos, bueno sería que la palabra y la llave fuesen buenas. Ahora bien: ¿la llave de Pablo era buena? Un examen imparcial hubiera permitido convencerse muy pronto de que no, y que la diferencia que él establece entre la voluntad de poseer y la de tener, no concuerda con la diferencia que nuestras fuentes admiten entre la posesión y la tenencia. Pero la idea de Pablo se presentaba *a priori* tan natural, tan evidente, tan fecunda, tan preciosa, que no se ha conceptuado necesario examinar su exactitud. Se ha creído ver con ella la llave de toda la teoría de la posesión, bastando al efecto sólo usarla.

¡Tarea envidiable! Daba á la doctrina una ocasión que rara vez se presenta: la de crear á partir de su propio fondo. En la

mayoría de las materias del derecho romano, nuestra doctrina actual está condenada á reproducir las teorías de los juristas romanos, y á lo más, á colmar ligeras lagunas, corregir defectos é inexactitudes, resolver contradicciones; en suma, sin poder crear nada por sí misma; para casi todo encuentra al jurista romano que le quita ese placer. La ocasión de crear por sí misma se le ha ofrecido ampliamente en la teoría de la voluntad de poseer.

A su tiempo hemos visto (VI al tratar de la construcción dialéctica de la teoría subjetiva) de qué modo ha realizado esta tarea, y qué construcción ha levantado apoyándose en los cimientos ofrecidos por Pablo.

Vamos ahora á someter su obra al examen crítico. A este fin sigámosla en su labor, examinando los diferentes materiales que ha empleado. Son éstos las ocho reglas reproducidas en el capítulo VI. En el capítulo anterior hemos examinado la primera, y ahora nos toca examinar las restantes.

Segunda regla.—El animus possidendi debe definirse como *animus rem sibi habendi.*

Cuando Pablo niega el *animus possidendi* al representante, no puede ser sino porque dicho representante no quiere tener la cosa para sí, sino para el representado. La consecuencia de esto es que la voluntad del poseedor debe ser la de tener la cosa para sí; allí donde falta esta voluntad no puede, según esto, haber posesión, sino tenencia.

Consecuencia: la posesión es *inconciliable* con la voluntad de tener la cosa *para otro.* Tal es la idea fundamental y al propio tiempo el error fundamental de toda la teoría subjetiva. Examinemos esta idea.

¿Tiene alguna importancia para x que A la adquiera para sí ó para B? Seguramente, no. ¿Sería de otro modo si nos figuramos x, no como una cosa, sino como un derecho? Seguramente, tampoco. El fin que se propone A es un elemento puramente interno, un movimiento de su alma que no importa á x, siendo igual que se trate de una cosa ó de un derecho: x es siempre x, lo mismo que A tenga la intención de adquirir para sí ó que tenga intención de adquirir para B.

Desde el punto de vista *lógico* es, pues, inexacto decir que

la relación posesoria *debe* revestir un aspecto distinto según que la persona quiera adquirirla para sí ó para otro, ó que quiera ejercer la posesión que le ha sido dejada por el dueño para sí ó para él: la lógica pura entraña más bien la consecuencia contraria.

Pero acaso el derecho romano no se ha preocupado con la regla lógica: x es siempre x, lo mismo si A quiere tenerla para sí, que si quiere tenerla para B; ¿no pudo estatuir en un sentido inverso? Posible es que por motivos de cualquier clase haya concedido al fin puramente *subjetivo* un influjo *objetivo*, esto es, alterando el derecho.

Mas el derecho romano no ha dejado sin la debida respuesta tal cuestión, y su respuesta es la misma que la dada por la lógica: *El fin subjetivo no ejerce influjo alguno en las relaciones jurídicas.*

El derecho romano antiguo había ya tenido ocasión de decidirse en este punto. Ofrecíase ésta en la representación indirecta, única forma de representación que por entonces había á disposición de las relaciones. El sustituto *(Ersatzmann)*, como yo le llamo, realizaba el acto jurídico para el representado; pero éste no influía en la relación jurídica así establecida. El intermediario adquiría el mismo derecho que si hubiera obrado para sí; podía, por tanto, si quería, transmitir el derecho adquirido para sí á un tercero. Lo mismo ocurría con el representante, en materia de obligaciones, aplicándose también al representante *principal* que contrataba en lugar del mandante, y al *accesorio* que contrataba á su lado, haciendo una *adstipulatio*. Tenía el mismo poder que él de disponer del crédito, y podía, por ejemplo, remitir fraudulentamente la deuda al deudor (1). Pasaban las cosas de otro modo con el fiduciario, al cual el propietario había transferido por *mancipatio* ó *in jure cessio* la propiedad de una *res mancipi*, á fin de realizar un acto jurídico cualquiera, por ejemplo, para adquirir ó establecer servidumbres, para libertar un esclavo. Se hacía plenamente propietario; la circunstancia de que su propiedad no

(1) Esto fué lo que daba motivo, como es sabido, al segundo capítulo de la *lex Aquilia*.

era sino por procurador y no debía durar acaso más que un día, no implicaba el menor atentado á su posición jurídica.

En la posesión, ¿pasaba esto de otro modo? No. Antes de la introducción de la representación directa en la adquisición de la posesión, la indirecta era la única forma admitida por el derecho, habiéndose mantenido por buenas razones al lado de la primera (XVI) (1) hasta en el derecho nuevo. Adquiere entonces el intermediario mismo la posesión, aun cuando tenga intención de adquirirla para el representado. Los romanos no han encontrado, pues, nada de inconciliable en la posesión con la intención de tenerla para otro, y no sólo en la época antigua, sino que ni en el período de su más alto desenvolvimiento jurídico.

He ahí la prueba de la falta absoluta de fundamento de la idea antes enunciada.

No es verdad que el elemento puramente subjetivo del fin del acto jurídico, para otro, entrañe necesariamente en la relación posesoria la tenencia. No es esto exacto, ni desde el punto de vista abstracto de la lógica, ni desde el punto de vista del derecho positivo romano: la voluntad de poseer para otro se armoniza perfectamente con la posesión en su propia persona. El motivo por el cual el representante directo no obtiene la posesión, no puede, pues, encontrarse, como Pablo quiere, en su voluntad imperfecta de poseer. No ha sido esta concepción puramente doctrinal lo que ha determinado á los romanos á negarle la posesión, sino los motivos prácticos, esto es, el interés que presenta para las relaciones la adquisición directa de la posesión. Como una *compossessio plurium in solidum* no era posible según las ideas de los romanos, resultaba forzosamente que para conceder la posesión al representado, se debía negarla al representante. No consistía, pues, la cosa, para servirnos de nuestra fórmula, en la falta de $+a$ en su persona, sino en el $-n$ en la persona del dueño de la posesión: esto era

(1) Se ha conservado también en el derecho nuevo para el tutor que antes de la introducción de la representación directa en la posesión, no podía adquirir la posesión para el pupilo como sustituto; véase, por ejemplo, la L. 2 *quando ex facto* (26, 9); L. 1, § 20, *h. t.*

lo que se oponía á la posesión, poniendo en su lugar la tenencia,

La venta nos presenta el mismo fenómeno que acabamos de estudiar en materia de representación indirecta. Vuelvo á repetir aquí las mismas preguntas hechas ya antes. ¿Para quién posee el vendedor? ¿Posee para sí ó posee para el comprador? A fin de evitar la objeción de que aun tiene aquel interés en conservar la cosa, supongo que el comprador ha entregado ya el precio. Ahora bien: ¿en interés de quién posee el vendedor, á quien el comprador ha dejado la cosa para recogerla á la primera ocasión? Sin duda, en interés del comprador. No tiene frente á éste otra posición que la del mandatario á quien se le entrega una cosa para su guarda. Aun cuando sea todavía el propietario, debe abstenerse de todo acto de disposición, estando obligado á la misma diligencia que el mandatario. En el respecto obligatorio la situación es exactamente la misma que si la cosa perteneciese al comprador; en tal sentido puramente obligatorio, el vendedor tiene en su poder una cosa *de otro*.

En la L. 21, *de her. vend.* (18, 4), el mismo Pablo, que argumenta para deducir la tenencia del representante, dice, hablando del vendedor de un fundo que ha omitido: *si neglexisset* UT ALIENUM, *nihil et imputari possit*. ¡UT ALIENUM! Esta palabra pinta para él la relación del vendedor con la cosa, y esa relación, es también para él, la del sustituto, en la L. 13, § 2, *de usurp.* (41, 3): *possis videri non* PRO TUO POSSIDERE. El motivo con que trata de justificar su opinión respecto de este último: *cum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis*, se aplica también al vendedor: *cum nihil intersit, quod emti judicio tenearis*; ni uno ni otro tienen la intención de tener la cosa para sí; no tienen, pues, en el sentido de Pablo, el *animus possidentis*. ¡Y, sin embargo de eso, tienen la posesión!

En la venta de una herencia, como el mismo Pablo advierte en la L. 21 cit., la obligación del vendedor se agrava; se le asimila al administrador del patrimonio ajeno: *cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut si quid tanquam heres feci, id præstem emtori*, QUASI ILLIUS NEGOTIUM AGAM.

Y sin embargo, el heredero conserva la posesión. Si el destino para otro tuviera influencia, el heredero hubiera debido

hacerse tenedor, y el comprador poseedor para sí. Pero no, el heredero sigue siendo poseedor, y el mismo Pablo dice en la L. 14, § 1, *ibid.: venditor res hereditarias* TRADERE *debet.* No deja siquiera margen para un *constitutum possessorium.*

Concluyo del examen de esta segunda regla afirmando que no es verdadera en derecho romano, siendo inexacto decir que la posesión no se concilia con la intención de ocupar para otro, y que esta intención pide necesariamente la *detentio alieno nomine.* La base entera de la teoría subjetiva cae así por tierra, pudiendo decir por adelantado ya que todo lo que sigue es puro error y pura ilusión.

Tercera regla.—En todos los demás casos de tenencia, la voluntad de poseer es la misma que la del representante.

Para prevenir toda salida falsa, haré notar que se trata de saber, no si el tenedor tiene voluntad de tener la *posesión,* sino si la tiene de tener la *cosa* para sí ó para el *dominus.*

La necesidad de su voluntad de *haber* no puede deducirse sino de la relación de su voluntad con la *cosa.*

He dicho antes lo que se debe juzgar del aserto de que los colonos, inquilinos, etc., tienen sólo la tenencia, y que, *por consiguiente,* no pueden tener más que la voluntad de tener. Ya he dicho también todo lo que me ha parecido del paralogismo que consiste en afirmar que el que ha querido *a,* á la que la ley atribuye *c,* ha querido *c.* No se trata aquí del razonamiento, tan falso como desprovisto de valor, que hace resultar el *animus detinendi* de la tenencia concedida por la ley, sino del que concede á la diferencia en la manera de querer la *cosa,* un influjo sobre la especie de la relación posesoria. Pónese como base la regla absolutamente falsa, según acabamos de sostener, de que el que quiere la cosa para otro, tiene, y se trata de probar que en la posesión por procurador, como en la posesión personal interesada, el tenedor tiene la intención de haber la cosa para el dueño de la posesión.

Este punto era digno de ser incluído en el programa de las escuelas sofistas de la antigüedad. Cuanto más insensato era el aserto, más de frente rompía con la verdad, y mayor la sagacidad del sofista para probarle, para hacer ver de lo blanco negro y de lo negro blanco, y merecer el elogio.

La diferencia entre el sofista y los defensores de la teoría subjetiva, á los cuales incumbe probar qué colonos, inquilinos, comodatarios, usufructuarios, colonos hereditarios, superficiarios, quieren haber la cosa, no para sí, sino para el dueño de la posesión, consiste sólo en que aquel conocía la falsedad de sus deducciones, mientras que á éstos se les ha metido en la cabeza la verdad de lo que deducen. Y quien alimenta la idea de que una cosa *debe ser*, llega fácilmente á creer que *es*. Trátase de una forma conocidísima de la servidumbre del pensamiento humano: «*Si la proposition du carré de l'hipotenuse*, dice uno de los escritores franceses más distinguidos de nuestro tiempo (1), *choquait nos habitudes d'esprit, nous l'aurions refutée bien vite. Si nous avions besoin de croire que les crocodiles sont des dieux, demain sur la place du Carrousel on leur éleverait un temple.*»

A mi modo de ver, la doctrina jamás ha alterado de un modo más violento la simple realidad de las cosas, jamás ha dado prueba de una sofística más insana, como en la teoría de que aquí se trata. No conozco ejemplo en que tan de frente se haya roto contra la verdad. ¡El colono—para no referirnos más que á él—quiere tener el fundo, no para sí, sino para el dueño! El hombre extraño al derecho que oyese eso de labios de un jurista, creería que pretendía éste burlarse ó que no estaba en sus cabales; el jurista sería el primero en verse confuso si la discusión surgía.

Para sí ó para otro—hasta el niño percibe la diferencia; sabe que la manzana que debe llevar á su hermano, se la ha dado para este último; sabe que la que puede comer se lo han dado para él—: la diferencia es una de las primeras y más sencillas que se revelan al hombre.

No hay dialéctica en el mundo capaz de echar abajo la proposición de que el colono celebra el contrato de arriendo para sí, en su interés propio, y que, por tanto, el fundo objeto de aquél lo obtiene para sí, para trabajarlo, sembrarlo y recoger el producto, mientras en el arriendo ocupe económicamente el lugar del propietario, pagando por ello el precio del arriendo.

(1) H. Taine, *Les philosophes classiques du* XIX *siècle en France*; 5.ª edic., París, 1882, p. 220.

Si el derecho romano no hubiera atribuído al colono la tenencia, no sé yo á qué jurista se le hubiera ocurrido sostener que el colono quiere tener los fundos, no para sí, sino para el dueño. Todos los juristas del mundo hubieran rechazado esta idea como absurda, indigna de ser refutada. El derecho romano, según hemos visto, ha tenido muy buenas razones para negar al colono la posesión, no debiendo imputarse á los romanos antiguos el supuesto motivo de que el colono no quiere haber el fundo para sí, sino á una teoría malsana que no se detiene ante los asertos más absurdos, cuando se trata de comprender en los cuadros jurídicos, que estima impuestos por razones técnicas, sus relaciones.

Un hombre hipnotizado toma un nabo por una manzana: quien no se encuentre en ese estado sabe que es un nabo. Pasa lo mismo con el indicado aserto. Un hombre de buen sentido sabe que el colono quiere tener la cosa para sí: es preciso hipnotizarse con la ciencia para sostener lo contrario.

¿Con qué fin, en efecto, se tiene una cosa? Con el único fin de usar de ella económicamente: recoger los frutos del fundo, habitar la casa, leer los libros prestados, colocar el dinero, beber el vino.... Una propiedad á la cual se privase definitivamente de esta aptitud para el uso económico, sería un sobre vacío, una cosa sin valor. Todo depende del contenido: *tener*, en el sentido del derecho, es la facultad reconocida por éste de utilizar económicamente la cosa. Que esta facultad sea continua ó intermitente, no implica diferencia para el tener en ese sentido. El hombre que debe tener momentáneamente la utilidad de la cosa, *tiene* ésta durante ese tiempo, y el propietario á quien falta la cosa durante ese tiempo, no la tiene. Este punto de vista del *tener* real ha llevado al derecho germánico á atribuir al colono la *Gewere* (1); en mi concepto, esta manera de ver es más exacta que la romana que niega la posesión al colono; más adelante volveré sobre el asunto (XIX). La *Gewere* (2) de un

(1) Stobbe: *Handbuch des deutschen Trivatrechts;* tomo 2.°, 2.ª edic., p. 17, n. 25.—Heusler: *Institutionen des deustschen Trivatrechts*, tomo 2.°, p. 31.

(2) Acerca del significado de la *Gewere* en el derecho germano, ver en el *Fundamento de la protección posesoria* (trad. esp.), pág. 6.ª nota. (N. del T.)

bien existe, según Heusler (1), en la persona de quien la *usa* y recoge los frutos. El uso no es el *efecto,* sino el *signo distintivo* de esa relación; no se tiene el derecho al uso por tener la *Gewere*, sino que se tiene ésta porque se recogen los frutos. He ahí, dice Heusler, un signo muy real, muy práctico, cuyo valor se advierte claramente teniendo en cuenta la circunstancia de que la *Gewere* implica la representación del bien. El que retira la utilidad de una cosa, se ofrece de un modo inmediato, en relación con ella.

Los pueblos modernos jamás han podido comprender la falta de protección de los tenedores según el derecho romano, y eso que debían atribuir á esta circunstancia una parte esencial en el desenvolvimiento de los dos medios jurídicos destinados á eliminar los rigores de la manera de ver los romanos, á saber: el *summariissimum* y la *actio spolii.*

No hace falta añadir que cuanto queda dicho del colono aplícase también á todas las personas á las cuales la cosa ha sido entregada para sí; el aserto de que dichas personas no tienen el *animus rem sibi habendi,* es tan falso para ellas como para el colono. El siguiente cuadro (2) indica la actitud tomada por el derecho romano respecto de las mismas:

POSESIÓN	CUASIPOSESIÓN	TENENCIA
Enfiteuta.	Usufructuario.	Colono.
Acreedor con prenda.	Superficiario (3).	Inquilino.
Precarista (3).		Comodatario.
Superficiario (3).		Precarista.

A modo de contraste, he aquí una indicación de los casos de posesión por procurador:

POSESIÓN	TENENCIA
Sustituto (comisionado para la venta, tutor) (3).	Representante (tutor) (3), criados, cocheros, bateleros, correo, etc.
Vendedor.	
Negotiorum gestor é inventor de buena fe.	

(1) Obra citada, p. 22.

(2) No he mencionado la relación del *immissus in possesionem,* porque no tiene la cosa en su poder. Ya la he citado antes: era una relación de tenencia *protegida por el derecho.*

(3) Según las circunstancias. V. caps. XVI y XVII.

El mismo lector puede hacer la aplicación de esos dos cuadros. Según la teoría subjetiva, la columna *posesión* debería quitarse por completo en ambos cuadros; en realidad, hay equilibrio perfecto entre ésta y la de la tenencia. Si los romanos se hubieran dejado guiar por la idea de que la posesión y la tenencia se determinan según la voluntad de tener la cosa para sí ó para otro, hubiera debido haber posesión en todos los casos del primer cuadro, y tenencia en todos los del segundo, siendo así que en ambos hay al propio tiempo, casos de posesión unas veces y casos de tenencia otras. Síguese de ahí, que esta antítesis no debió de tener para los romanos fuerza completamente decisiva; según su concepción, la posesión se armoniza tanto con la voluntad de poseer la cosa para otro, como la tenencia se armoniza por su parte con la voluntad de poseer para sí.

He de decir, por último, algunas palabras acerca del pretendido carácter doble de la relación de tenencia, alegado apropósito de esta tercer regla, la cual sería, ya el *ejercicio* de la posesión de otro, ya la *representación* en materia de posesión.

Nada tengo que objetar respecto del primero; armonízase perfectamente con la voluntad de tener la cosa para sí. Ofrécesenos al efecto un paralelo entre la venta del usufructo y la cesión del crédito. Como el derecho mismo no desaparecía, la relación jurídica que nace en este caso no puede caracterizarse más que como ejercicio de ese derecho. Lo mismo ocurre con la relación posesoria. Al igual que en la relación de tenencia derivada, el derecho quiere conservar la posesión para el dueño; respecto de la relación posesoria del tenedor no queda más que el punto de vista del ejercicio de una posesión ajena.

Por el contrario, estimo el punto de vista de la representación en materia de posesión tan inexacto como peligroso. Su objeto es expresar la idea muy exacta de que el dueño de la posesión posee *por* el tenedor; que la tenencia de éste se cuenta como posesión en el dueño. Pero la forma bajo que esta idea se expresa es errónea; implica una violencia en la noción de la representación tal cual el lenguaje la ha concebido, eso de aplicarla á los casos en que no hay idea alguna de representación. El jefe de familia adquiere por sus hijos y por sus esclavos,

quiéralo ó no, designándose en otros tiempos por esta razón como representantes necesarios ó legales. Pero modernamente se ha rectificado adecuadamente este conflicto; son instrumentos de adquisición del jefe de familia y no representantes. Del propio modo que se puede en persona adquirir *por* ó *sin* su voluntad, es decir, por la *ley*, así también se puede adquirir por intermediarios por ó sin su voluntad, es decir, por la ley. En un caso como en otro es falso referir la segunda especie de adquisición á una voluntad ficticia. En ambos casos la adquisición es obra de la ley.

Aplicado esto á la relación posesoria, quiere decir: el dueño de la posesión puede adquirir y mantener ésta *por* la voluntad del intermediario (representante) ó *sin* su voluntad (ley). Hay en ambos casos una mediación, pudiendo por consiguiente calificar la posesión del *dominus possessionis* como *indirecta* (1), por oposición á la directa que ejerce en persona.

No es, pues, correcto decir que la tenencia constituye una representación en la posesión; debiendo evitarse, por tanto, tal designación, porque se presta á creer erróneamente que el tenedor, en la tenencia personalmente interesada, no quiere tener la cosa para sí, sino para el dueño ó *dominus possessionis.*

Cuarta regla.—La voluntad del poseedor es tener la cosa *definitivamente;* la voluntad del tenedor, es tener la cosa *temporalmente.*

Convencidos de que la voluntad del tenedor es diferente de la del poseedor, se han buscado otros signos distintivos, diferentes de aquellos de que acabamos de hablar: poseer para sí ó poseer para otro, creyendo encontrar los dos siguientes: la voluntad de tener la cosa *definitiva* ó *temporalmente*, y el indicado en la regla quinta: reconocer ó no reconocer el derecho superior de un derechohabiente. Ni uno ni otro resisten al examen.

Es imposible percibir qué influjo puede ejercer sobre el carácter de la relación posesoria la circunstancia de que la cosa

(1) Desde hace años empleo esta expresión en mis enseñanzas para designar el lado de la posesión derivada relativo al dueño de la posesión; el relativo al *tenedor* lo designo como *ejercicio* de la posesión de otro.

no esté confiada si no temporalmente á quien la tiene: ¿x cambia por no haber sido entregado definitivamente y sí de un modo temporal tan sólo? Si no ha sido alterado por el elemento subjetivo del fin, tampoco puede serlo por *el elemento temporal de la duración*. La duración pasajera de una relación no es más que una parte, un fragmento, de su duración total, y no se comprende por qué en una décima ó en una centésima de esta duración, no ha de poder x afirmarse por entero, y en nuestro caso, por qué la posesión no ha de permanecer siendo posesión.

Sin duda, ciertas relaciones jurídicas, por ejemplo, las del derecho de familia, no implican el establecimiento temporal, contándose entre ellas en el derecho antiguo la propiedad y las servidumbres prediales. Pero allí donde la ley no opone obstáculo alguno al acuerdo de las partes sobre la relación pasajera de una duración, como en el derecho nuevo ocurre con la propiedad y con las servidumbres prediales, esa relación produce, si dura temporalmente, el mismo efecto que si durase perpetuamente. La posición jurídica del propietario no ha disminuído en nada, porque la duración de su propiedad esté limitada á un lapso de tiempo determinado, ni la del titular de una servidumbre predial, porque en lugar de haberse establecido de por vida la servidumbre, dure sólo algunos años. Todas esas personas gozan de la misma protección jurídica que aquella á quien el derecho pertenece sin limitación de tiempo.

Ahora bien: ¿la posesión deberá regularse de otro modo? Si la corta duración convenida se concilia con la propiedad, debe conciliarse también con la posesión, y si en la primera el derechohabiente temporal goza de la misma protección jurídica que el derechohabiente definitivo, ¿por qué no ha de ser lo mismo en la segunda?

Y cuenta que no se puede invocar aquí la lógica: $x - 10$ no se distingue de x sino por la *cantidad*, no por la *cualidad*.

De este modo consideraban precisamente los romanos la posesión desde los tiempos más remotos. Tenemos la prueba en el *precarium* y en la *pignoris capio*, que daban ambas la posesión, aun cuando el propietario pudiera en cualquier momento concluir con ella por el pago en el segundo caso. Con el transcurso del tiempo han llegado á unirse al *precarium* los de-

más casos de posesión derivada: la prenda, la enfiteusis temporal y el secuestro. La teoría subjetiva trata de capitular ante esos casos, diciendo que no tienen el carácter verdadero de relaciones posesorias normales; pero ya veremos en la regla 7.ª cómo este aserto no se armoniza de ningún modo con la concepción romana.

Añadiremos, por lo demás, que la regla de que se puede transmitir la posesión transitoriamente, y por supuesto independientemente de la transmisión de la propiedad (1), está expresamente enunciada en nuestras fuentes, á saber, en la L. 17, § 1, *h. t.: ... si quis igitur ea mente traditdit, ut possessio postea ei restituatur, desinit possidere.*

Resulta, pues, que el motivo por el cual hay tenencia en ciertos casos de posesión derivada, no puede consistir en la circunstancia de que el tenedor no debe tener la cosa sino temporalmente.—*Los romanos deben de haber tenido otros motivos para negarle la posesión.*

Quinta regla.—El tenedor reconoce el derecho superior de un derechohabiente; el poseedor, no. La tenencia se caracteriza como una relación de dependencia jurídica reconocida por el tenedor mismo; la posesión como la aspiración á la autonomía, á la independencia.

El tenedor reconoce que el dueño tiene un derecho superior al suyo. ¡Perfectamente! Pero ¿síguese de ahí que no puede ser poseedor? Basta remitirnos á los casos de la posesión derivada para hacer ver el vicio de esta conclusión. El aserto de

(1) Con respecto á la propiedad, Juliano dudaba, en el caso de que uno ha dado dinero con la orden de colocarlo en préstamo. Véase la L. 20, *de reb. cred.* (12, 1). En rigor, creo que no puede admitirse aquí una transmisión de propiedad, pues no ha habido ni donación ni préstamo: *sed haec*—añade—*intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen est utrumque valere.* Hermogeniano, en la L. 33, § 1, *de don.* (39, 5), lo presenta como incontestable: *non impeditur dominii translatio ac propterea iisdem nummis donatori credetis novum dominium in his quaeritur.* Según la L. 67, *de solut.* (46, 3), de Marcelo, Servio había propuesto ese sistema de entrega y restitución reiteradas de las mismas monedas, como medio de remitir al deudor una parte de su deuda: *qui minus á debitore suo accipere et liberare eum vellet, posse saepius aliquos nummos accipiendo ab eo eique retro dando ac rursus accipiendo id efficere.* Marcelo añadía: *etsi in dubitationem a quibusdam hoc male deducatur.* La operación era, en realidad, un simple acto aparente, una pura comedia ó simple simulación de pago.

que esos casos implican una singularidad, descansa en una petición de principio (regla 7.ª). Pero esos casos no son los únicos; hay otros, que la teoría subjetiva no tiene en cuenta y en los cuales se reproduce la misma situación. El sustituto no es otra cosa respecto del mandante que el representante; lo reconoce como el derechohabiente al cual debe restituir la cosa, y, sin embargo, tiene la posesión, mientras el representante no tiene más que la tenencia. El vendedor está respecto del comprador en la misma relación de dependencia que un tenedor cualquiera, lo cual no disminuye en nada su posesión.

¿Y por qué? ¿Qué es lo que la posesión tiene de común con el derecho de otro? La idea fundamental de toda la institución de la posesión descansa precisamente sobre *la independencia de la posesión frente al derecho.*

Pueden, en verdad, existir las más variadas relaciones jurídicas respecto de una misma cosa sin que entre sí se excluyan. La ley ha trazado para cada una de ellas su esfera particular, dentro de cuyos límites es completamente independiente, evitando así el conflicto de derechos. Es como el movimiento de una máquina, en la cual cada rueda se mueve sin ser obstáculo á la rotación de las demás. Todas las personas concurrentes pueden reconocerse viéndose cada una dentro de su esfera y todas como derechohabientes: el propietario reconoce al acreedor como prenda, al usufructuario, al tenedor de una servidumbre predial, etc., y recíprocamente.

Ahora bien: ¿es que acaso la posesión estará sometida á ley distinta? ¿Deberá excluirse sólo porque el tenedor reconozca á otro *superior á él*, como falsamente se dice, en lugar de decir á su lado, como derechohabiente? Si la posesión del ladrón se armoniza con la propiedad en la persona del robado, ¿por qué no ha de conciliarse cuando el mismo estado aparente, consecuencia del robo, se establece de una manera legal por la entrega de la cosa por el propietario? El propietario reconoce al poseedor y éste al propietario. La situación es idéntica á aquella en que el propietario reconoce como derechohabiente al tenedor de un *jus in re* y recíprocamente. En ambos casos se trata de esferas jurídicas diferentes y compatibles.

No es, pues, exacto decir que la posesión implique necesa-

riamente el elemento de la autonomía, de la independencia, según lo entiende y sostiene la teoría subjetiva, es decir, como protesta de derecho ó de hecho contra el derecho de otra persona cualquiera.

Detengámonos un instante en esta supuesta autonomía del poseedor, y para convencernos de su falta de fundamento, comparémosla con la posición del tenedor.

Esta posición puede ser considerada de hecho ó en derecho. En el primer sentido tiene por objeto lo que el poseedor *puede hacer* efectivamente; en el otro, lo que tiene el *derecho* de hacer.

El poseedor *puede* disponer de la cosa á voluntad. ¿El tenedor, no? En este respecto son perfectamente iguales.

Pero el tenedor no tiene el derecho de hacerlo; debe mantenerse en los límites trazados por su contrato: ¿es que hace otra cosa el poseedor? Hagamos la prueba con el poseedor típico de la teoría positiva, con el propietario. ¿Tiene el derecho de disponer á voluntad de la cosa? Sí, si al hacerlo no lesiona los derechos de terceros. He aquí el cortejo de los que pueden impedírselo: son muchos; en primer término, aquellos en quien debe respetar los derechos de *propiedad:* los copropietarios y los que tienen un derecho eventual á la propiedad (legado sucesivo, condición resolutoria, etc.); luego los que tienen un *jus in re;* por último, los que sólo tienen un derecho de *obligación:* comprador, colono, inquilino. En todas las empresas relativas á la cosa que impliquen ataque de hecho á esas personas, es responsable para con ellas, del mismo modo en absoluto que el tenedor lo es respecto de él en el mismo caso. Su posición respecto del comprador no es diferente de la del colono respecto de él; debe respetarle como «derechohabiente» por encima de él, del propio modo que el colono debe respetarle á él. Su pretendida independencia jurídica, su autonomía, no existe, pues; el contrato le ata las manos como al colono ó como á cualquiera otro tenedor.

En conclusión, la quinta tesis es tan insostenible como la cuarta; si la circunstancia de que la cosa no ha sido entregada sino temporalmente, no implica obstáculo para admitir la posesión, tampoco lo implica la de que el derechohabiente reconozca otro derechohabiente superior, ó más bien á su lado. La

posesión en la persona del poseedor se armoniza perfectamente con el respeto debido al derecho del propietario.

Sexta regla.—La posesión se caracteriza como *pretensión* á la posición del propietario; la voluntad del poseedor debe ser la de poseer la cosa como *propia*; esto es, *como* propietario *á la manera* de un propietario. Esta voluntad no existe en el tenedor, y así no obtiene la posesión, sino tan sólo la tenencia.

Tal es la teoría del *animus domini*, y en adelante me dirigiré exclusivamente á Savigny, según ya antes dejo dicho.

Ya hemos visto que Savigny ha encontrado perfectamente formada la noción del *animus domini*. Se ha limitado á recogerla sin criticarla, para erigir sobre ella toda su teoría de la distinción entre la posesión y la tenencia. Dicha noción era para él una verdad adquirida, y de tal modo se hallaba bajo el imperio de esta ilusión, que ha llegado á sostener (pág. 110, nota 2), que el *animus domini* está admitido tácitamente en todas partes en las fuentes, habiéndolo percibido hasta en un texto que ni siquiera se refiere á él, mientras prescindía por completo de los dos textos de Pablo, los cuales, cuando menos, hubieran podido darle un cierto apoyo, toda vez que en ellos se afirma la necesidad del *animus possidentis*.

La necesidad del *animus domini* era, pues, cosa admitida por adelantado para Savigny; sólo se trataba de justificarla en principio. A este fin se requería, después de haber invocado la propiedad, tomar en la relación de la posesión con la propiedad la prueba de que el poseedor posee como un propietario.

Esta relación consiste, según Savigny, en que la posesión es el *ejercicio de la propiedad*; «siendo la propiedad, dice en la página 29, la facultad jurídica de obrar sobre una cosa libremente y de impedir á cualquier otro usar de ella, la tenencia implica el *ejercicio de la propiedad*: constituye el estado de hecho que corresponde á la propiedad como estado *jurídico*». Más adelante refiere á esto la siguiente conclusión: «*por consiguiente*, el *animus possidendi* consiste en la intención de ejercer el derecho de *propiedad*». Pero el que tiene la tenencia puede tener esta intervención de dos maneras diferentes: puede querer ejercer el derecho de otro ó el propio. Si tiene la intención de ejer-

cer el derecho de propiedad de otro que por lo mismo reconoce, no tiene el *animus possidendi* necesario para que la tenencia se transforme en posesión; no hay posesión sino allí donde el tenedor tiene la intención de ejercer *su derecho de propiedad*. No puede considerarse como poseedor sino el que trata la cosa como propietario; ó en otros términos, el que pretende disponer *de hecho* de ella, como el propietario, tendrá la *facultad legal* de hacerlo *en virtud de su derecho;* lo que implica también la negativa de reconocer en la persona de otro un derecho superior al suyo» (pág. 110); «La voluntad debe consistir, por tanto, en la intención de tratar *realmente* la cosa como *propia*» (página 205).

La plena demostración del error de una opinión que se mantiene en las regiones de la abstracción, resultando así tan poco clara, no es raro lograrla más fácilmente recurriendo, no al medio de una dificultosa deducción, sino al de un paralelo tomado de las cosas menudas de la vida diaria, y el cual permite sustituir las ideas abstractas por consideraciones sensibles. De ese medio voy á servirme por de pronto.

¿Cómo debe uno disparar para cazar? pregunta un individuo que no tiene el derecho de caza y que pretende ir á cazar.

Dispare V. como el derechohabiente, se le dice.

¿Tiene V. la intención de dirigirse contra la caza de otro, ingiriéndose, cual derechohabiente, á ejercer su derecho de caza como si fuese el suyo? Pues bien, es preciso disparar exactamente como el dueño: mire V. como lo hace, y así sabrá lo que tiene que hacer.

Las instrucciones que Savigny da al poseedor con respecto al *animus* no son mejores.

En lugar de decir—Dispare V. como el derechohabiente; le dice—Posea como el propietario. Ahora bien: ¿cómo tira el derechohabiente? Si no sabe apuntar, si apunta demasiado alto, poco importa que tenga ó no derecho. El poseedor no debe aprender del propietario cómo debe poseer, del propio modo que el que no tiene derecho de caza no tiene por qué aprender cómo dispara y apunta el derechohabiente. En ambos casos se trata de operaciones de puro hecho, que en sí llevan su dirección: es preciso *apuntar* bien, es decir, dirigirse adecuadamen-

to al fin, en un caso con la escopeta, en otro con su voluntad. Ese fin es lo que se quiere obtener: en un caso la caza, en el otro la posesión.

Dirigir su voluntad hacia el fin; he ahí todo.

En la posesión, el fin consiste en el poder físico sobre la cosa. Si á pesar de haber apuntado bien, siguiendo la comparación, el tenedor no obtiene la posesión, dependerá esto, no de que él no haya tocado el objeto, sino de que por motivos que nada tienen que ver con su persona, el derecho le niega la posesión; su situación no es otra que la del cazador á quien la ley niega la propiedad de la caza que ha matado. Podría decirse en este último caso: es necesario que este individuo no haya disparado bien, porque no ha obtenido su propiedad; lo mismo que se dice en el primero que, cuando no ha obtenido la posesión, es porque no ha tenido la voluntad de poseer. Sin duda, el que parte de la idea fija de que la caza pertenece al que ha disparado sobre ella y que posee quien tiene la voluntad de poseer, cuando ve que la caza se niega al cazador y la posesión al tenedor, no tiene otro recurso que decir: el cazador no puede haber alcanzado á la caza, el tenedor no puede haber tenido la voluntad de poseer; es preciso negar el hecho para armonizar el resultado con la idea fija.

Enviar al poseedor á la escuela cerca del propietario para aprender de él cómo debe poseer, es trastornar la relación que existe entre la posesión y la propiedad. La posesión es más antigua que la propiedad. Puede imaginarse la posesión sin la propiedad, pero no al contrario. En la posesión, no encontramos en parte alguna la propiedad, ni en la *definición*, ni en el *nacimiento*, ni en la *extinción*, ni en la *protección;* pudiendo, si fuere preciso, exponerse toda la teoría de la posesión sin emplear una sola vez la palabra *propiedad*. Que no se intente hacer lo mismo con la propiedad. No podemos separarnos jamás de la posesión: nos sigue constantemente en toda la teoría de la propiedad.

Desde el primer paso, en la *definición* de la propiedad se presenta aquélla como elemento *contenido* en ésta. La posesión forma la condición de hecho de la utilización económica de la propiedad; no tiene valor en sí, pero debe existir para que,

de hecho y de derecho, el propietario pueda disponer de la cosa. De donde resulta que el postulado inevitable de la propiedad es el *derecho á la posesión (jus possidendi)*. Sin él la propiedad sería una vana palabra: pareceríase á una cosa colocada tan alta, que no está al alcance de quien debiera cogerla.

La posesión aparece *otra* vez en el *establecimiento* de la propiedad. Tres de los modos de adquisición más importantes de la propiedad: la *ocupatio*, la *traditio*, la usucapión, presuponen la posesión.

Muéstrase por tercera vez en la reclamación judicial de la propiedad bajo forma de *rei vindicatio*. Tiene por *condición* la falta de la posesión, y por *fin* la vuelta de la posesión. La utilización económica de la propiedad en forma de *uti, frui, consumere*, no da casi nunca margen á procesos: la materia de las contiendas sobre la propiedad proviene casi exclusivamente de la posesión.

Que se compare si no la acción petitoria con la posesoria. En el posesorio, no sólo no es necesario invocar la propiedad, sino que está en principio *prohibido*, tanto al demandante como al demandado. Cuando se quiera formar una idea de la dependencia recíproca de las diversas nociones, basta examinar la acción. Su relación relativa se manifiesta con una claridad perfecta, haciendo comprender cómo los juristas romanos han podido llegar para los derechos, á poner el acento decisivo sobre la acción.

Para la posesión, la propiedad no se muestra jamás en la acción: lo que en principio quiere decir que la posesión es independiente de la propiedad y que no tiene el más leve punto de contacto con ella. Para la propiedad, la posesión se muestra en la acción: lo que equivale á decir que la propiedad presupone en principio la posesión. En la acción por un *jus in re*, el demandado debe sostener que su derecho ha sido establecido por el propietario; es decir, que la propiedad forma en principio la condición del *jus in re*. El acreedor con prenda debe además invocar su crédito, lo que significa que la propiedad y el crédito son condiciones de principio del derecho de prenda (1).

(1) Si la relación de prioridad teórica debiese prevalecer en materia dia-

Independencia teórica de la posesión respecto de la propiedad: dependencia teórica de la propiedad respecto de la posesión.—Tal es la conclusión que nos ha dado la comparación hecha entre las mismas. Ahora bien: si la propiedad presupone en principio la posesión, equivale esto á decir: la noción de la posesión es el *prius teorico;* la de la propiedad, el *posterius teorico—prioridad lógica de la noción de posesión respecto de la noción de propiedad* (1).

Tiene cierto de atractivo el preguntarse, si á esta prioridad lógica no responde también la histórica. Si cedo á la tentación de este atractivo, es dándome clara cuenta de que me lanzo en terreno inseguro y de que la opinión que profeso habrá de encontrar oposición. Si no me he equivocado, habré echado en la balanza un segundo argumento contra la teoría del *animus domini*: de otro modo el peso del argumento lógico no disminuirá, á pesar de todo. Para refutarme sería preciso probar que el primer argumento no se sostiene: desde luego declaro que no doy gran importancia al segundo.

En la naturaleza, los seres inferiores han precedido á los superiores; porque éstos tienen á aquéllos por condición de su existencia. El mundo inorgánico ha precedido al orgánico, la planta al animal, el animal al hombre. Esta marcha de lo imperfecto á lo perfecto, de lo que es condición á lo que depende de ésta, de lo inferior á lo superior, se reproduce también en la historia del derecho. ¿Y ha seguido la historia también esta marcha en el domínio del derecho de las cosas en Roma? Si así fuese, las instituciones de ese derecho se colocarían según su prioridad teórica antes señalada en el orden siguiente: posesión, propiedad, *jura in re*. Entre estos últimos, las servidum-

---

léctica, lo que no debe ser, en mi concepto, tendríamos el orden sistemático siguiente: posesión, propiedad, los *jura in re*, á excepción del derecho de prenda. Este último, como forma combinada del *jus in re* y de la *obligatio*, encontraría su lugar propio al fin del derecho de obligaciones.

(1) En lugar de *teórico*, el lector puede poner aquí *práctico;* me he servido de la primera expresión para mostrar, desde su mismo punto de vista puramente teórico, el error de principio que comete la teoria del *animus domini* tomando de la propiedad el elemento determinante de la voluntad de poseer; pero todos los elementos teóricos de que ahí se trata tienen su realidad práctica.

bres prediales, como formaciones de derecho real exclusivo, ocuparían el primer puesto, y los demás, como combinaciones de *jus in re* y de obligaciones, el segundo.

Tendríamos así el orden sucesivo siguiente:

1. Posesión.
2. Propiedad.
3. Servidumbres prediales.
4. Las demás *jura in re*.

Sabido es que este orden es exacto para las tres últimas formaciones: ¿qué diremos de la posesión? No se trata, por supuesto, de la aparición de hecho de la posesión—de hecho ésta ha sido la primera relación que se ha establecido entre el hombre y la cosa—: trátase de saber bajo cuál aspecto se ha presentado por primera vez al hombre la idea de *tener jurídicamente* una cosa, si bajo el aspecto restringuido de la defensa de la cosa contra quien trata de arrancársela ó que se la ha arrancado, ó si bajo el aspecto ilimitado, absoluto, de un derecho contra todo individuo en quien encuentre esta cosa.

En mi concepto, la respuesta no puede ser dudosa: el primer aspecto es el verdadero. Ahora bien: bajo esas dos formas de la idea de tener jurídicamente, no hemos hecho más que presentar en su esencia la idea de la posesión y de la propiedad. Por tal modo tendríamos la regla siguiente: la idea de la posesión ha precedido á la de la propiedad (1).

---

(1) Tal es también la opinión de los juristas romanos. Véase la L. 1, § 1, *h. t.*: *dominium rerum ex naturali possessione coepisse*. Tengo que renunciar á ir más lejos en la historia del desenvolvimiento de la propiedad, que nos lleva mucho más allá de Roma en los tiempos prehistóricos, en la época de la emigración aria *(a)*. He citado antes el primer germen, revelado con el auxilio de la etimologia, de la idea de propiedad; me he explicado de pasada sobre la distinción de las *res mancipi* y *nec mancipi*, en mi *Jahrbuch* (F. 23, p. 204, nota 2). La propiedad primitiva ha sido la de las *res nec mancipi* (sin reivindicación); la de las *res mancipi (dominium ex jure Quiritium*, con reivindicación) no emana sino del periodo de fijeza territorial; las tribus nómadas no la conocían. Sólo en una época relativamente reciente (después de las XII Tablas), fué cuando en Roma el *dominium ex jure Quiritium*, es decir, la propiedad reivindicable, fué transportada á las *res nec mancipi*, y hasta ese momento la protección del

---

(a) Para ver completas las investigaciones sobre el desenvolvimiento jurídico de Roma, que Ihering ha hecho, es de sumo interés consultar su citada obra: *Prehistoria de los indoeuropeos* (trad. esp.).—*(N. del T.)*

Sea lo que fuere de esta prioridad histórica de la posesión sobre la propiedad, la lógica, sistemática y práctica, queda sentada, yo creo, de un modo indiscutible. La falta que comete la teoría subjetiva sentando el *animus domini*, puede ahora designarse en breves términos: es un ὕστερον πρῶτον lógico. Invócase una noción posterior, la de propiedad, para procurar el establecimiento de otra anterior, la de posesión. Trátase de un préstamo hecho por la posesión á la propiedad antes de que exista esta, y cuándo debe decidirse sobre la voluntad necesaria para ello. La voluntad necesaria para una relación, de cualquiera naturaleza que sea, puede y debe ser siempre tomada de sí misma: si se dirige á x, x es quien decide.

La teoría del *animus domini* designa, en lugar del x de la posesión, el z de la propiedad.

Al error que por sí solo implicaría el cambio de la mera noción decisiva con otra, júntase ahí también el de que esta otra es más reciente y que hasta presupone por su parte lo que debería explicar. Es el error mismo cometido por Vangerow, cuando explicaba la libertad como propiedad en el cuerpo humano. La persona debe existir, no sólo en lo físico, sino en el sentido jurídico; es decir, debe ser reconocida como sujeto jurídico, antes de que en principio pueda tratarse de la propiedad: la propiedad, como todo otro derecho, presupone el sujeto del derecho. En ambos casos la relación teórica encuéntrase trastornada; la noción más antigua resulta la más reciente, y viceversa: una noción que no existe aún se emplea para explicar otra que ya existe.

Y vuelvo á Savigny, para examinar más de cerca la manera como establece la relación entre la posesión y la propiedad que es necesaria para deducir el *animus*.

«La tenencia es el *ejercicio de la propiedad:* el estado *de hecho* que corresponde á la propiedad considerada como un estado *jurídico*.»

Pueden hacerse ahora las siguientes indicaciones:

---

derecho para esas cosas restringíase á las acciones por robo, pero dirigibles también contra terceros. Gayo, III, 126: *apud* ALIQUEM *furtiva res quae sita et inventa*.

1. No es exacto decir que la posesión contiene el *ejercicio* de la propiedad. El ejercicio de la propiedad consiste en la aplicación económica de la cosa á los fines que el propietario persigue; consiste, según las cosas, en el *uti, frui, consumere.* La posesión sólo contiene la *condición* de la realización de estos actos. La posesión, como tal, no tiene ningún valor económico. En el momento de emprender un largo viaje, coloco mi caballo de silla en las cuadras de A., disponiendo que B. podrá usarlo. ¿Cuál de los dos ejerce mi propiedad? B., á quien he dejado el *uti*, y no A., á quien sólo he dejado el *possidere.* El primero tiene el goce de la cosa; el segundo no obtiene ningún beneficio económico.

No puede, pues, designarse la posesión como ejercicio de la propiedad, al modo como no puede designarse el derecho de prenda como ejercicio del derecho de crédito. La posesión no tiene otra importancia para la propiedad, que la que tiene el derecho de prenda en el derecho de crédito: es, en definitiva, un simple *medio de asegurar* el ejercicio del derecho.

2. Sea cual fuere, por lo demás, la importancia de la posesión para la propiedad, tiene siempre y en todo caso esa importancia por el mismo motivo que en la propiedad: pudiendo decirse que para hacer posible de hecho la realización del fin de la cosa, la ley ha reconocido al interesado un derecho de posesión. Para el acreedor, para el enfiteuta, el superficiario, el usufructuario, y hasta para el colono y el inquilino, la posesión de hecho de la cosa tiene el mismo valor que para el propietario: el ejercicio asegurado de su derecho es imposible sin ella. Y la base en que apoyan su derecho á la posesión es exactamente la misma que en la propiedad: esto es, la ley. Para ellos la posesión constituye también «el estado de hecho que corresponde á la propiedad (ó bien al derecho de que se trate en cada caso), considerada como estado jurídico».

3. Aun cuando se demostrase que hay concordancia perfecta entre esos dos elementos, ¿qué habríamos ganado desde el punto de vista de la posesión? Absolutamente nada. La relación que Savigny establece de ese modo entre la posesión y la propiedad no tiene importancia alguna, y se agota, como él mismo reconoce (p. 27), en esta proposición: el propietario tiene el

derecho de poseer. La posesión no adquiere, por ese lado, una importancia jurídica, así como tampoco cualesquiera otros hechos, actos ó cosas que son el objeto de un derecho. Así como el propietario tiene el derecho de poseer, el concesionario de caza tiene el de cazar, el titular de una servidumbre de paso, el de pasar. La posesión no ha adquirido una importancia jurídica verdadera, sino después que ha participado como tal de la protección del derecho. Desde entonces, saliéndose de la serie de los diferentes sucesos y de los demás estados de hecho, ha llegado á ser una relación jurídica independiente sobre la cosa. Todos los demás estados de hecho no son más que el *objeto*, el *contenido* de un derecho: la posesión, por su parte, es la *base* de un derecho.

Savigny, en lugar de atenerse á este último punto, único de interés al considerar la importancia jurídica de la posesión, insiste y toma acta de sa relación absolutamente indiferente entre ésta y la propiedad. Ya sabemos por qué *debía* hacerlo. Necesitaba dar ese rodeo hacia la propiedad para procurarse á á su tiempo un punto de apoyo para el *animus domini*. Basta citar algunas definiciones de la misma calidad, para mostrar lo que vale, desde el punto de vista del saber en esta materia, el reflejo de la posesión en el espejo de la propiedad que Savigny presenta en esta definición: la posesión es el estado de hecho que corresponde á la propiedad considerada como estado jurídico, ó en otros términos, es el ejercicio del derecho de propiedad:

Uti: aquel estado de hecho que corresponde al *usus* considerado jurídicamente.

Frui: aquel estado de hecho que corresponde al *fructus* considerado jurídicamente.

Cazar: ejercicio del derecho de caza.

Nacimiento: acto que corresponde al comienzo de la personalidad.

Muerte: acto que corresponde al fin de la personalidad.

Quien no posea por adelantado la intuición de esos estados y de esos actos, no la obtendrá de este modo, y para quien la

posea, la relación jurídica indicada por Savigny no tiene valor alguno, donde quiera que, como en la posesión, se trata sólo de esta intuición.

Y voy aún más allá.

Admito que todas las críticas hechas hasta aquí contra Savigny no resisten al examen, admito que la posesión sea el ejercicio del derecho de propiedad, y hasta que esta consideración sea decisiva para la definición de la voluntad de poseer, como *animus domini*. Eso nos lleva á formular la proposición de que el poseedor debe tener la intención de ejercer la propiedad.

Pero esta definición no es más exacta que la precedente, porque se aplicaría por igual manera tanto al colono y al inquilino, que tienen indudablemente la intención de ejercer el derecho de propiedad perteneciente al dueño, aunque, como tenedores, *no puedan*, según Savigny, tener *animus domini*. Para excluirlos se necesita, en verdad, modificar la definición propuesta.

Esta modificación la realiza Savigny, distinguiendo la voluntad de ejercer su *propia* propiedad de la voluntad de ejercer *la propiedad de otro*. El *animus domini* alcanza de ese modo lo que desde el principio perseguía: los tenedores no tienen la intención de ejercer su propio derecho de propiedad, sino el derecho de propiedad de otro. Pero esto es aun insuficiente para la posesión, porque la voluntad de poseer debe tender á ejercer su propio derecho de propiedad. Esta voluntad no pertenece más que á los propietarios verdaderos, putativos ó presuntos: todos en su posesión se apoyan sobre sí mismos: no reconocen á nadie como derechohabientes sobre ellos. Esta voluntad, por el contrario, no pertenece á quien reconoce á otro como propietario, de quien su posesión se deriva. Solo en virtud de una nada afortunada consecuencia, le reconocía á él también el derecho romano la posesión en ciertos casos.

En vano es que busquemos en Savigny un motivo en pro del influjo que esta diferencia de la voluntad de poseer está llamada á ejercer en la relación posesoria. Limítase á decir en la pág. 109: «Si tiene—el tenedor—la intención de ejercer la propiedad de otro, no hay, sin embargo, no hay ahí el *animus possidendi* que es necesario para que el hecho de la tenencia se

transforme en posesión.» ¿Por qué no? Nada responde, y le hubiera sido difícil á Savigny responder, porque el influjo que ejercerá sobre la posición jurídica del tenedor esta intención de ejercer su propiedad ó la de otro, no está en modo alguno justificado y no encuentra el más ligero punto de apoyo en el derecho romano. Muy al contrario, ese derecho nos coloca en condiciones de probar de una manera positiva, que la diferencia entre el ejercicio del derecho propio y el ejercicio del ajeno es indiferente por completo para otras relaciones jurídicas.

El cesionario, según el derecho romano, ejerce el derecho de crédito del cedente: sin embargo, la protección jurídica que se le concede no es otra que aquella de que el cedente goza. El *alieno nomine agere* no tiene en este caso influjo sobre la posición jurídica del cesionario. ¿Por qué, pues, el *alieno nomine possidere* lo ha de tener sobre la posición del tenedor? No se explica esto. Si yo puedo ejercer el crédito del cedente y ser protegido como él, ¿por qué, como colono, no he de poder ejercer también la posesión del arrendador y ser protegido como él? ¿Será, acaso, porque el cedente cede el crédito *definitivamente*, mientras el que arrienda no cede la posesión sino de un modo *temporal?* Ya antes he respondido á esta consideración.

La venta del usufructo nos proporciona otro ejemplo. El comprador no obtiene más que el ejercicio del usufructo, y no el derecho mismo; y, sin embargo, está tan protegido como el usufructuario mismo. Se puede, pues, ejercer el derecho *de otro*, y á pesar de ello, gozar de la protección como quien ejerce ese derecho como un derecho propio.

Síguese de aquí, que la idea de que la relación posesoria en la persona de quien ejerce la propiedad de otro debe revestir el carácter de tenencia, no tiene fundamento alguno.

Si para el cesionario y el comprador del usufructo no obsta el ejercicio del derecho de otro para gozar de la protección jurídica de que gozaba su autor, no hay razón para que las cosas pasen de otro modo en la posesión. Todavía hay más: de todas las relaciones jurídicas, la posesión sería siempre más apropiada para participar de la protección jurídica en los casos en que se deriva de otra persona; porque en todas las demás relaciones, el que quiera ejercer el derecho de otro, debe prevalerse de ese de-

recho, lo cual no es un requisito en la posesión. La posesión descansa en sí misma: el poseedor no necesita decir de dónde tiene la posesión: la simple exterioridad basta. Ahora bien: ¿y ha de ser precisamente respecto de él, el influjo de una circunstancia de su posición jurídica, contrario, cuando no lo es respecto de los derechos en los cuales la protección del ejercicio está subordinada á la invocación del derecho de otro? Esto es tan notoriamente absurdo, que no hay para qué insistir en refutarlo.

¿Y qué queda del *animus domini*?

Nada. No es cierto que la posesión contiene el ejercicio de la propiedad; la posesión no es más que un medio de alcanzarlo, y la misma función que le corresponde para la propiedad, la reclama también para todos los derechos que exigen la posesión en su ejercicio. Y aun cuando contuviera tan sólo el ejercicio de la propiedad, no puede decirse que para la posesión, es decir, para la protección jurídica de la posesión, importe la cuestión de saber si se ejerce su propia propiedad, real ó supuesta, porque el derecho romano en otras materias reconocía á quien ejerce un derecho ajeno, la misma protección jurídica que al derechohabiente.

Y termino el examen crítico del *animus domini*. Quizá he puesto á prueba la paciencia del lector. En todo caso, el *animus domini* ha abusado de la mía.

Este trabajo es el menos entretenido que creo haber realizado en mi vida, siendo la causa de que mi teoría de la posesión tardara tanto en salir de mi pluma, la profunda repugnancia que yo experimentaba ante la idea de publicarla. Si únicamente se tratase aquí de sentar que la condición del *animus domini* no tiene fundamento, hubiera podido aligerar considerablemente mi tarea. Bastábame el hecho de que las fuentes no lo mencionan en parte alguna, y que el derecho romano admite la posesión aun en los casos donde esta condición falta (regla 7.ª). No he creído, sin embargo, poder contraerme á eso en esta obra, cuyo objeto era agotar en todos los puntos y direcciones la parte de la teoría posesoria romana relativa á la voluntad de poseer. Era preciso llegar hasta el fondo del error, mostrar cómo ha podido ser posible, de dónde nace, qué caminos equivocados ha

debido seguir, qué abismos ha debido franquear para alcanzar el fin que desde un principio se proponía: la justificación constructiva de la distinción entre la posesión y la tenencia.

Séptima regla.—En ciertas relaciones, por motivos particulares, el derecho romano ha renunciado á exigir el *animus domini* (posesión derivada); pero esto es una singularidad.

Nada justifica el aserto de que la posesión derivada entrañe una singularidad. De hecho, y esto es lo que importa, hay en el derecho romano casos de posesión derivada con posesión, y otros con tenencia; no diciendo en parte alguna los juristas romanos que los primeros de esos casos constituyan singularidades. Una teoría, por tanto, que llega á esta conclusión, debe ser falsa en su punto de partida, é introducir en el derecho romano la concepción extraña á los juristas romanos mismos. Ya sabemos cómo se ha originado esta regla. La posesión derivada *debe* contener una singularidad, so pena de que la teoría del *animus domini* caiga por tierra completamente deshecha. Todo está en el influjo tiránico de la idea preconcebida, influjo que ya hemos tenido ocasión de reconocer otras varias veces, y que, en este caso, como en todos los demás, acaba por tener que estrellarse contra el simple hecho.

Quiero demostrar con el auxilio de algunos ejemplos el camino que ha seguido la teoría subjetiva para llegar á definir la relación existente entre la posesión derivada y la posesión.

Afirmación: la noción de una mesa impone cuatro pies. Objeción: hay, sin embargo, mesas que tienen más ó menos. Respuesta: «son éstas irregularidades que tienen sus motivos históricos ó prácticos», pero que no pueden impedirnos decir que la idea de mesa implica cuatro pies.

Afirmación: El término de la usucapión es de tres años. Objeción: es de diez para los inmuebles. Respuesta: es una excepción á la regla.

Así como en este último ejemplo los tres y los diez años se encuentran en la misma línea, sin que ninguno de esos términos pueda presentarse como regla, así en la relación posesoria derivada la posesión no tiene más de derecho que la tenencia. En uno y otro caso, la regla se divide de antemano en dos ramas completamente iguales entre sí. Según la idea de los ju-

ristas romanos, el elemento del *animus domini* es tan indiferente para la noción de la posesión como los cuatro pies para la mesa. El que por adelantado concibe la noción de una manera demasiado estrecha, no debe extrañarse de que ésta se estrelle con los fenómenos que en ella no encajen; la censura de contrariar los principios que aquel les dirija más bien debe recaer sobre él: y es que en realidad, el error reside no en las cosas sino en el sujeto.

El establecimiento de la categoría de la posesión derivada, contiene la declaración en quiebra de la teoría subjetiva. Una *regla* soporta la contradicción, es decir, la excepción; una *noción*, no. Si la condición del *animus domini* se indicase sólo como regla, los casos en que falta, y, sin embargo, hay posesión, se armonizarían con ella. Pero se ha formulado como elemento teórico; la noción de la posesión, la naturaleza, la esencia de las cosas y demás modismos y expresiones, entrañan necesariamente el *animus domini* ó *rem sibi habendi;* la posesión sin *animus domini* se ha declarado imposible en principio (1). Y sin embargo, existe realmente, y con esto está dicho todo.

Pero el jurista que sabe construir no tropieza con dificultad alguna para encontrar un punto de vista para la explicación de lo que resulta contrario á los principios, un punto de vista que lo justifique y sincere ante el pensamiento jurídico (2).

Y eso es lo que ha hecho Savigny. «La posesión se considera como un derecho, y á este título puede ser enajenada. He ahí por qué el poseedor verdadero y originario podrá transferir el derecho de la posesión á quien ejerce el derecho de propiedad para él» (pág. 119). «El *animus possidendi*, que en la posesión originaria es un verdadero *animus domini*, tiene por objeto, cuando se trata de la posesión derivada, el *jus possessionis* transmitido por el poseedor originario».

---

(1) Savigny mismo (p. 120) reconocía expresamente que la posesión derivada «contiene una derogación de los principios primitivos de la posesión».

(2) Tan cierto era eso para Savigny (p. 113), que no ve en la posesión del enfiteuta más que una «inconsecuencia aparente», que promete explicar más adelante. Pero la consideración histórica que invoca después (§ 12 *a)* — *Ager publicus* y *vectigalis* — nada tiene de común con esta inconsecuencia jurídica, con la anomalía teórica de esta posesión.

Esta explicación excede sus propios límites, como ocurre en todos los casos análogos cuando se acude á semejantes medios de salir del paso. En efecto, si el propietario puede transmitir el *jus possessionis* á quien no tiene el *animus domini*, he ahí sin más un medio de echar por tierra toda la teoría posesoria. Por medio de la transmisión del *jus possessionis* doy fin á toda tenencia y prescindo del *animus domini*. ¿Para qué ha de dirigir todavía el propietario real, putativo ó supuesto, su voluntad sobre el ejercicio de su propio derecho de propiedad? Bástale, en efecto, dirigirla sobre el *jus possessionis*.

Savigny quiere prevenir el peligro que encierra esta posibilidad de transmitir el *jus possessionis*, notando (pág. 120) que no es preciso admitir la propiedad derivada, sino allí donde el derecho positivo la reconozca expresamente, y colocándose así en contradicción consigo mismo. En la pág. 119 nos dice que, á *título de derecho*, la posesión implica la posibilidad de enajenar el *jus possessionis*, presentándosenos esta posibilidad como una consecuencia necesaria. Una página después esta proposición *racional* reviste el carácter de una disposición *positiva*, que no debe ser llevada más allá de las disposiciones expresas del derecho romano, sobre los casos de posesión derivada que enumera. En cuanto á probar que esta disposición está así limitada, lo que por mi parte admito también, aunque por motivos distintos que Savigny, éste nada hace, no pudiendo percibirse por qué los romanos habrán restringido la transmisión del *jus possesionis* á los casos indicados, si la idea que Savigny les atribuye de que esa transmisión es de derecho, fuese exacta.

Si Savigny no se ha atrevido á sacar las consecuencias de su propia idea, otros lo han hecho por él (véase antes). Según ellos, depende por completo de la convención de las partes establecer en las relaciones de posesión derivada la posesión ó la tenencia.

Y llegamos así al punto más culminante de la teoría subjetiva.

Octava regla.—La libre voluntad decide de la posesión y de la tenencia. Ya hemos tenido ocasión más arriba de explicar nuestro punto de vista frente á esta opinión; por eso nos limitamos á remitirnos á lo entonces dicho. La posesión se convier-

te en juguete de la voluntad arbitraria de las partes. La disposición objetiva del derecho se sustituye por la voluntad libre, subjetiva, completamente soberana. Todo cuanto el legislador dice acerca de la posesión puede resumirse en estos términos: haced lo que os plazca: la anarquía se erige en principio de derecho. Tal es el punto final de la teoría subjetiva. De todos los pasos por ella dados en su camino, éste es el único que desde el punto de vista de la teoría pura no puede evitarse; contiene la consecuencia completamente ineludible de todo lo que precede: *es un salto en el abismo*. Debemos estar reconocidos á aquellos que no se han vuelto atrás antes de llegar á semejante extremo; era preciso estar ciego para no verle. Una teoría jurídica que va hasta el abismo, impulsada por sus propias consecuencias, se condena por sí misma.

XV

La teoría de los juristas romanos.

El aspecto que reviste la teoría de la posesión en el derecho romano, es de una sencillez extraordinaria. Donde quiera que existen las condiciones exteriores de la relación posesoria, *corpus* y *animus,* en el sentido indicado y desenvuelto en el capítulo VI, hay posesión, á menos que exista, ó que se pueda demostrar la existencia, de una relación á la cual el derecho concede sólo la tenencia. La actitud subjetiva del que posee es totalmente indiferente á este efecto. Obtiene aquél la posesión donde cree obtener la tenencia, y viceversa; su creencia errónea no tiene otra importancia que la de un error de derecho, sin influjo alguno en este caso, como en los demás. La posesión está también regida por la regla: *plus est in re quam in existimatione mentis;* la regla de derecho objetiva fija las consecuencias que se atribuyen al acto jurídico, independientemente de la creencia que pueda abrigar la parte. En cuanto á *su voluntad*, no tiene fuerza alguna frente á la regla de derecho que ha fijado de una vez para siempre, la cuestión de la posesión y de la tenencia.

Hay tenencia, aun cuando la voluntad tienda á la posesión, y viceversa. Sin duda, cuando existen para un mismo acto jurídico dos formas diferentes, una de las cuales entraña la posesión y la otra la tenencia; por ejemplo, en materia de representación, la cuestión de posesión depende de la voluntad de la persona, pero no directamente como tal, sino indirectamente, como una consecuencia atribuída á la elección de una de las formas; tal es la relación ya explicada existente entre *a* y *c*.

El aspecto jurídico de la oposción existente entre la posesión y la tenencia, resulta de este modo al lado del de la oposición existente entre la posesión y la propiedad. El paralelo mejor nos lo proporciona la propiedad quiritaria y bonitaria; es ésta una división en el seno mismo de la institución: en un caso la propiedad, en otro la posesión. La cuestión relativa á si uno era propietario quiritario ó bonitario, decidíase, no según su voluntad, sino según la regla del derecho. Si hacía que le transmitiesen la *res mancipi*, resultaba propietario quiritario, quisiéralo ó no; si se limitaba á la tradición, se hacía propietario bonitario. Lo mismo sucedía con la posesión. El acreedor con prenda, el enfiteuta, etc., se hacen poseedores; el colono, el inquilino, etc., se hacen tenedores, todos ellos, quiéranlo ó no. La institución de la posesión ha logrado así en el derecho romano la misma seguridad, fijeza, facilidad de aplicación, independencia de la creencia y de la voluntad subjetiva de las partes, que todas las demás instituciones de derecho.

El aspecto de las cosas, antes indicado, ha logrado su expresión en una regla de la jurisprudencia romana más antigua; es ésta la conocida regla: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest;* esto es, la voluntad no tiene fuerza ante la *causa possessionis*. No creo, sin embargo, oportuno comenzar mi exposición de la teoría de los juristas romanos por esta regla: la reservo para el fin, al efecto de empezar por preparar su comprensión exacta, por la prueba de que los juristas romanos se han dejado guiar por ella, en sus decisiones de los casos concretos relativos á la posesión.

Examinemos, pues, la casuística de la cuestión de la posesión en la doctrina de los juristas romanos. Es ésta la última de las múltiples pruebas á que sometemos la teoría subjetiva, y la que ha de decidir en última instancia. Quienquiera que se haya mantenido indiferente ante todas los demás, tendrá que someterse ante la autoridad de los textos. Ya hemos invocado, de pasada, algunos de los textos más importantes (1), pero aquí es únicamente donde habrán de ofrecerse unidos al conjunto de

(1) La L. 21, pr., *de A. r. d.* (41, 1), y la L. 44, § 4, *de usurp.* (41, 3); la L. 21 *ibid.* y la L. 13, *de don.* (39, 5).

los materiales que quedan, y por tanto, donde podrán desplegar su fuerza mayor.

Un hombre libre, pero que se le conceptúa esclavo *(liber bona fide serviens)*, compra una cosa. Está persuadido, claro es, de que la posesión y la propiedad de esta cosa pasan á su amo. Sin embargo, la L. 21 pr., *de A. r. dom.* (41, 1), de Pomponio, le atribuye la posesión y la propiedad á él mismo, *ipsius fieri*. ¿Por qué? El obstáculo falsamente supuesto en su persona, esto es, la potestad dominical, nuestro — *n* no existe: las condiciones legales *a* + *c* surten todos sus efectos; en otros términos, se hace poseedor.

Desde el punto de vista de la teoría subjetiva, decimos: según Savigny (1), sería preciso negarle la posesión, porque no tenía el *animus domini* ó *rem sibi habendi*. Tal es también la decisión de Pablo, en la L. 1, § 6, *h. t.*, y no podía en rigor opinar de otro modo si se empeñaba en el mantenimiento de la condición impuesta por él y consistente en el *animus possidentis*. La antítesis entre la manera objetiva de los demás juristas y la manera subjetiva de Pablo, se manifiesta aquí de un modo bien claro.

Un hijo de familia, cuyo padre ha muerto en el curso de un viaje lejano, pero de cuya muerte no está enterado, compra una cosa. ¿Cuál es su posición considerada desde el punto de vista de la posesión? Según Savigny, sólo puede obtener la tenencia, pues como hijo de familia—que se presume tal—no tiene el *animus rem sibi habendi*; Papiniano, en la L. 44, § 4, *de usurp.* (41, 3), le atribuye la posesión: *quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quaesitam nec possidere possit*: ¿por qué? A partir del momento en que su padre ha muerto, se ha hecho jefe de familia: el — *n* que se oponía hasta entonces contra su posesión, la patria potestad, ha desaparecido. El que tenga ó no conocimiento de ello es indiferente, siendo

(1) Cita este pasaje (pág. 309) para probar que «á menudo el propietario no puede adquirir la posesión por el intermedio del esclavo»; pero nada dice de la decisión del mismo pasaje respecto del *liber bona fide serviens*, que no se armoniza con su teoría. Es lo que hace también en la L, 21, *de usurp.* (41, 3), que examinaremos inmediatamente y que es absolutamente inconciliable con su teoría.

aplicable la regla: *plus est in re quam in existimatione mentis;* esto es, las condiciones objetivas deciden, la creencia subjetiva no tiene influjo.

Según Savigny, esta conversión en posesión sin el menor cambio en el conocimiento y en la voluntad, no puede concebirse; no podría datar sino del momento en que el hijo de familia hubiere recibido noticia de la muerte de su padre. Savigny quita del medio el texto (p. 126), notando que «parece raro que el *paterfamilias* que se conceptúa *filiusfamilias* pueda poseer». ¿Raro para el hijo de familia? Lo mismo lo es para el supuesto esclavo de que ha poco hemos hablado, y hay todavía algunas más rarezas y singularidades de este género. El texto de Papiniano implica tan de lejos una singularidad, que hasta plantea la cuestión: *¿cur non capiat usu?* es decir, por supuesto. Ahora bien: si el hijo de familia supuesto puede usucapir, resulta que posee. Luego en este caso, como en el del esclavo supuesto, hay posesión sin conocimiento y sin voluntad.

En el § 7 del mismo texto, Papiniano trata de saber lo que se debe pensar respecto de la posesión del hijo, en el intervalo, cuando su padre muere en cautividad en poder del enemigo. Su respuesta hállase concebida en estos términos: *quia tempora captivitatis ex die, quo capitur, morti jungerentur, potest filium dici et* POSSEDISSE SIBI *et usucepisse intelligi.* He ahí otra posesión en una época en que el poseedor no tenía el *animus possidentis.*

Según una conocida regla, el hijo de familia se hacía *paterfamilias* desde el momento en que su padre había sido hecho prisionero: el obstáculo que la patria potestad oponía á su posesión había desaparecido; según nuestra fórmula, desde que desaparece —n, y debe convertirse en x.

A estos tres casos, tomados de la relación de tenencia doméstica, puede añadirse el de la conversión ha poco indicada, en posesión de la tenencia de los *sui heredes*, á consecuencia de la muerte del *paterfamilias.* Si la deducción hecha á este propósito es exacta, resulta que los *sui heredes* obtienen la posesión aun cuando no tengan conocimiento alguno de la muerte del padre. Para no dar lugar á una polémica inútil, declaro desde luego que ese caso es problemático; si no se admite, no lo con-

taré entre mis argumentos. Quien quiera refutarme deberá atenerse á los otros tres y á los que siguen.

A los casos de tenencia doméstica añado los de tenencia contractual siguientes:

El *primero,* es el del representante directo, que quiere adquirir la posesión para sí. Según la L. 13, *de don.* (39, 5), de Ulpiano (1), obtiene la tenencia aun cuando su voluntad se dirigiese hacia la posesión. Savigny (p. 306): he ahí una excepción—¡otra particularidad todavía!—que no tiene efecto más que para la tradición. En ese caso, la intención del tradente es la determinante. Ya he demostrado antes lo que esta restricción vale; pero prescindo ahora de ella, y me fijo sólo en el caso de la tradición. El mismo Savigny ha advertido que la decisión de Ulpiano no concuerda con su teoría. He ahí una excepción: lo que equivale después de todo á decir que es incompatible con su teoría.

El *segundo*, es el de la L. 21, *de usurp.* (41, 3), de Javoleno: *ei a quo fundum pro herede diutius capturus eram, locavi eum.* El jurista se pregunta si la *usucapio pro herede* se encuentra interrumpida por el arriendo, que debería ser mirado aquí como nulo: *quia dominus suam rem conduxisset.* Según Savigny, no se ve lo que la nulidad indicada del arriendo puede tener de común con la cuestión de posesión. El colono quiere poseer para el arrendadador; que sea ó no al propio tiempo propietario no importe, según Savigny, pues que lo ignora. Su voluntad de poseer es la misma que la de cualquier otro colono, es el *animus alieno nomine detinendi.* No quiere la posesión: ¿cómo atribuírsela? Desde el punto de vista de la teoría subjetiva eso no cabe; desde el punto de vista de la objetiva es una consecuencia inevitable. El obstáculo supuesto que á la posesión se opone en el colono, el arriendo, no existe jurídicamente: el $-n$ cae, las condiciones legales $a + c$ surten todo su efecto, el colono es poseedor.

Sin duda que el jurista no lo dice categóricamente; pero ¿no niega la posesión al arrendador? Si hubiera opinado que no se

(1) Me atengo á este texto indiscutible: en cuanto á los otros, véase Savigny, loc. cit.

había verificado cambio alguno en la situación posesoria del colono, su conclusión de que el arrendador pierde la posesión (*sequitur ergo ut ne possessionem quidem* (1) *locator retinuerit*) no hubiera sido fundada. El jurista no podía negar la posesión al arrendador sino para reconocérsela al colono, porque si éste hubiera debido obtener la tenencia, aquél hubiera conservado la posesión por su intermedio, como su tenedor.

Tercero. El colono muere, y su heredero, que ignora el arriendo y cree que el fundo pertenece á su autor, entra en posesión de él. ¿Cuál es su posición?

Según Savigny, es preciso atribuirle la posesión, porque tiene el *animus domini*; según Labeon, en la L. 60, § 1, Loc. (19, 2), obtiene la tenencia:

> *Heredem coloni, quamvis colonus non est* (2), *nihilo minus domino possidere existimo.*

Labeon no dice, es verdad, que el heredero no tuviera noticia alguna del arriendo. Pero si eso hubiera dependido de esta noticia, hubiera debido mencionarla. Ahora bien: se limita á decir de una manera absoluta: *heredem domino possidere,* dejando ver así que no hay que atender á ninguna otra circunstancia

---

(1) El *ne quidem* implica tácitamente una oposición, la de la posesión con la obligación. El enlace de las ideas del jurista es el siguiente: siendo el contrato de arriendo nulo, el arrendador no tiene un derecho de obligación, y no conserva la posesión.

(2) ¿Qué quieren decir esas palabras? Si se las toma solo en un sentido literal, significan que en la época de Labeon el arriendo se disolvía por la muerte del colono. Y así es como yo las entiendo, de acuerdo, yo creo, con la concepción romana antigua del arrendamiento, que daba un peso decisivo á la personalidad del colono. La glosa añade: *post finitam conductionem*, esto es, si el término del arriendo había espirado con la muerte del colono; pero el texto no consiente en modo alguno esta adición. Los autores posteriores han rehuído la cuestión. Los compiladores de las *Pandectas* no debieron acoger ese pasaje, porque no se armoniza con el derecho nuevo; pero, no obstante, ha pasado á las *Basílicas* (20, 1, 60).

La manera de ver del derecho romano antiguo debe tener una justificación práctica, porque los autores del *Landrecht* prusiano, sin saber nada de seguro del precedente del antiguo derecho romano, han recogido la idea de la personalidad de la relación del arriendo. Sin duda, la dieron, en cuanto al influjo de la muerte del colono, límites más estrechos que dicho derecho romano antiguo; pero por otro lado han ido más allá que este último—prohibición de subarrendar—. L. R., 1, 21, §§ 309, 315, 366 y sigs.

cualquiera que ella fuese. Sabido es que se puede tener á nombre de otro sin saberlo. El que, sin tener conocimiento del verdadero estado de las cosas, arrienda el fundo de un colono que se presenta como propietario, no tiene á nombre del colono, sino á nombre del arrendador originario (1). Lo mismo exactamente ocurre cuando el comodatario ó el depositario de una cosa la da á su vez en comodato ó en depósito: el segundo comodatario ó depositario tiene á nombre del comodante ó depositante originario, sin saber de él (2).

El *animus domini* en la persona del heredero, en el caso indicado, es tan indiferente como el del comprador, en el caso en que el colono venda el fundo ó lo arriende (3). La relación posesoria anterior dura mientras no ha sido *exteriormente* abolida; es decir, mientras el supuesto poseedor no opone resistencia de hecho á los actos de posesión del poseedor anterior: más arriba dejo expuesto por qué.

Resulta de todos estos casos que:

> *La voluntad subjetiva de poseer no tiene influjo alguno respecto de la regla objetiva del derecho.*

Los casos particulares que hemos podido conocer pueden comprenderse en el esquema siguiente:

1. *Posesión*, allí donde la voluntad de poseer—en el sentido de la teoría subjetiva—tendía á la tenencia.
   a). Relación de la tenencia doméstica:
   L. 21 pr., *de A. r. d.* (41, 1): *liber bona fide serviens.*
   L. 44, §§ 4, 7, *de usurp.* (41, 3): el hijo de familia cuyo padre ha muerto.
   b). Relación de tenencia contractual:
   L. 21, *de usurp.* (41, 3): el propietario que, sin saberlo, toma en arriendo su propio fundo.
2. *Tenencia*, donde la voluntad—en el sentido de la teoría subjetiva—tendía á la *posesión.*

(1) L. 25, § 1. L. 30, § 6, *h. t.*
(2) L. 30, § 6, *h. t.*
(3) L. 32, § 1, *h. t.*

L. 13, *de donat.* (39, 5): el representante que quiere adquirir para sí.
L. 60, § 1, *de loc. cit.* (19, 2): el heredero del colono.

De este modo creo haber agotado todos los casos que ofrecen nuestras fuentes; pero todavía hay en ellas toda una serie de argumentos, que disipan cualquier duda acerca de la idea que se han formado los juristas romanos de la función de la voluntad en la posesión.

Helos aquí:

1. Se ha reconocido expresamente que la posesión depende de la causa.

Un testimonio indudable nos lo ofrece la L. 21, de *usurp.* (41, 3), de Javoleno. Después de haber señalado la nulidad del contrato de arrendamiento, añade: SEQUITUR ERGO, *ut ne possessionem quidem locator retinuerit.* Creo baste fijarse en estas palabras para comprender cómo los juristas romanos han concebido la relación de la posesión con la *causa.* La cuestión de la posesión como tal no debe en modo alguno suscitarse: si la relación contractual está establecida, la relación posesoria también lo está. La voluntad de quien posee no debe tomarse en cuenta: el *acto jurídico* que este ha querido implica la *posesión.* *La cuestión de la posesión es una simple consecuencia (sequitur ergo)* de la relación contractual. Y con esto está dicho todo.

La misma idea que hemos indicado en Javoleno—la dependencia entre la relación posesoria, ó de otro modo más concreto, entre la tenencia y el contrato de arriendo—obra también en el fondo de los pasajes siguientes, que son bastante elocuentes por sí solos:

L. 16, *de peric.* (18, 6): ... *possessio* PER LOCATIONEM *retinetur.*

L. 37, *de pign. act.* (13, 7): ... PER LOCATIONEM *retineo possessionem.*

L. 1, Cód. *Comm. de usuc.* (7, 30): *qui* EX CONDUCTO *possidet.*

L. 19, *h. t.: Qui...* CONDUXIT... *in promptu est, ut possidere* DESIERIT.

L. 21, § 3, id.: *Qui alienam rem precario rogavit, si eamdem a domino conduxit,* POSSESSIO *ad dominum revertitur.*

L. 33, § 6, *de usurp.* (41, 3): ... CONDUCTIO *idem præstat, quod si apud creditorem res esset.*

2. Resulta de esta dependencia entre la relación posesoria y el elemento de la causa, que cuando este último está aún provisionalmente indeciso, el primero lo está también.

Tenemos ejemplos en la L. 38, § 1, y L. 42, § 1, *h. t.* El primer pasaje habla de la tradición condicional:

> *Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset, non videtur* POSSESSIO TRADITA, *si fundus alienus sit; ... Hoc amplius existimandum esse, possessiones sub conditione tradi posse.*

El *accipiens* no adquiere, pues, entretanto, más que la tenencia: no obtiene la posesión sino al advenimiento de la condición. Pero, ¿que pasará si la condición se presta sin que él lo sepa? Según Savigny, debería tener ante todo conocimiento de ella, á fin de que su *animus detinendi* anterior pudiera transformarse en *animus domini*. Según la L. 2, § 2, *pro emt.* (41, 4), tiene inmediatamente la posesión: *contra si extitit et ignoret ...* USUCAPERE *eum;* el comienzo de la usucapión presupone la conversión de la tenencia anterior en posesión.

El segundo pasaje ó texto concierne al *negotiorum gestor*, que compra una cosa para otro. Mientras este último no ha ratificado el acto, posee para sí (XVII); si lo ratifica, su posesión se convierte en tenencia al modo como en el caso antes indicado la tenencia se convertía en posesión.

3. Si se pactan dos convenciones posesorias, de las cuales la una entraña la posesión y la otra la tenencia, la últimamente decidida es la que vale, sin que la cuestión de la posesión, como tal, deba suscitarse.

L. 10, pr., *h. t.*

4. La convención de que el colono ó el inquilino tendrá la posesión es nula.

Esta proposición no se expresa en ninguna parte en térmi-

nos categóricos; pero resulta de la L. 10, § 2, *h. t.* Este texto trata del caso en que se ha estipulado un contrato de arriendo y un precario con el objeto de abandonar la posesión. El jurista no declara esta último convención válida á no ser en el supuesto de que no se hubiera pactado más que un arriendo simplemente aparente: *si nummo uno conduxit.* En este caso el contrato indicado no es obstáculo para la posesión: ... *quia conductio nulla est, quæ est in uno nummo.* Si, por el contrario, fuera en serio el arriendo, entonces la última convención pactada es la única que vale.

El jurista no nos dice lo que debe hacerse cuando han sido pactadas á un mismo tiempo. La importancia que da á la circunstancia de que el arriendo no fuera más que un acto aparente, nos autoriza á pensar que el arriendo es el que haría inclinarse la balanza y que la convención *ut possideret* se estima nula.

En la L. 37, *h. t.*, Marciano trata del caso en que el deudor toma en arriendo ó en alquiler del acreedor hipotecario el fundo ó la casa cuya posesión hubiera sido abandonada á este último. Este caso no tiene nada de extraño, porque puede suponerse que la renta ó el alquiler ocupan el lugar de los intereses del capital. Pero lo que es extraño, es la indicación que da el jurista respecto de la convención de las partes:

> ... *re a creditore conducta convenit, ut is, qui hypothecam dedisset,* PRO COLONO *in agro, (in) ædibus autem* PRO INQUILINO *sit; per eos creditor possidere videtur.*

¿Por qué esta convención sobre la relación posesoria? La cosa resulta de un modo natural. ¿Y á qué vienen las palabras *pro colono, pro inquilino*? No encuentro otra respuesta que la siguiente: el acreedor no quería conceder al deudor más que la tenencia, alegándose el contrato tan sólo para darle una base jurídica: no se atendía, pues, tanto al contrato mismo como á su efecto posesorio. En este sentido es en el que los autores de las Basílicas (50, 2, 37) han comprendido la convención.

> δι ἐμοῦ τὴν ἔπ' ἀσφάλειαν νομὴν ἔχει ὁ δανειστης
>
> *per me possessionem* SECURITATIS CAUSA *habet creditor.*

La convención está hecha: *securitatis causa*. ¿Quiere esto decir para procurar al acreedor la posición de *poseedor?* Cabe otra explicación dada por Gayo, II, § 60. En la *fiducia cum creditore*, cuando el deudor poseía la cosa, tenía la *usureceptio*, aun en el caso de la falta de pago: *si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceat*. ¿Puede admitirse que Marciano haya hablado en ese texto de la hipoteca fiduciaria? No es verosímil, porque el objeto empeñado era un inmueble, y la tradición aquí supuesta, de esta cosa al acreedor (*re pignoris nomine* DATA ET POSSESSIONE DATA) no tendría sentido, toda vez que era suficiente el compromiso hipotecario. Hállase este supuesto reafirmado por estas palabras, que revelan la mano de los compiladores: *cum* HYPOTHECAM DEDISSET. Admitido este punto de vista, vese claramente por qué el acreedor ha estipulado el contrato de arriendo. Lo hacía *securitatis causa*; esto es, no en vista de la seguridad de hecho, sino para la seguridad jurídica, ó sea para excluir la *usu receptio*. El contrato de arriendo se estipulaba, pues, no por sí, sino para establecer el efecto posesorio á él atribuído: la relación de tenencia. Si el derecho antiguo hubiera considerado posible en este aspecto *abstracto* la convención de que el deudor tenga á nombre del acreedor, no hubiera sido preciso ordenar la celebración de un contrato de arrendamiento. Y como no ha sido así, resulta que esta idea le era extraña: *no conocía la tenencia como tal, sino sólo como consecuencia de una relación jurídica, doméstica ó contractual*.

5. En el derecho nuevo, donde el compromiso fiduciario ha desaparecido, el arrendamiento de la cosa empeñada, tantas veces mencionado en los textos (1), reviste otro aspecto; el deudor, que en la *fiducia*, tomaba en arriendo la cosa convertida en propiedad del acreedor, arrienda *su propia cosa*. ¿Cómo conciliar esto con la teoría del *animus domini*? El deudor tiene, como propietario, el *animus domini*, la voluntad de ejercer su *propia* propiedad; como colono ó inquilino no tiene más que el *animus alieno nomine detinendi*, la voluntad de ejercer la propiedad de

(1) Véase, además, la L. 37 cit., § 1, *de pign. act.* (13, 7) y 37 *de pign. act.* (13, 7).

otro. ¿Qué hará en esta situación, en que dos *animi* se contraponen en su alma?

El defensor de la teoría subjetiva tiene la palabra.

6. En la L. 28, *h. t.*, de Tertuliano, tropezamos con un poseedor cuyo *animus* es muy singular. No sabe él mismo si posee ó si meramente tiene: *refert, utrum* SCIAM *me possidere an* IGNOREM. Según la teoría objetiva, esto no tiene absolutamente nada de extraño, porque para ella la cuestión de posesión depende de la *causa*. El caso previsto realiza, sí, la *causa*, que queda por el momento indeterminada, ó, si existe, sin que el poseedor tenga noticia de ella. Según la teoría subjetiva, para la cual la voluntad de poseer es «cosa del libre arbitrio del poseedor», no podrá comprenderse cómo Tertuliano podía considerar ese caso posible y someterlo á un examen serio.

¿Cómo puede nadie dudar de su relación posesoria, cuando de él depende la fijación de su carácter? La duda sólo es posible cuando la decisión depende, no de nosotros, sino de la *causa* por el momento indeterminada.

7. Si la distinción entre la posesión y la tenencia dependiese de la voluntad de poseer, los juristas romanos no hubieran podido menos de explicar de la manera más detallada este punto cardinal de toda la teoría. Hubieran debido, no sólo exponer *in abstracto* la distinción teórica, sino que, como han hecho con la teoría de la novación, hubieran indicado, *in concreto*, los criterios para reconocerla, señalando presunciones, en suma, hubieran debido explicarse por entero acerca de la cuestión de la prueba del *animus*, la cual, según hemos visto (IX), está rodeada de las mayores dificultades. Nada de eso hicieron; no hay ensayo alguno para definir esta distinción fundamental, sobre la cual va á edificarse toda la teoría de la posesión; no hay indicación, ni alusión siquiera, á la prueba de la voluntad de poseer ó detener.

A excepción de Pablo, de quien dijimos ya lo suficiente (XIII), no puede descubrirse en nuestras fuentes ni una sola huella cierta del *animus possidentis;* ni aun en los casos de la posesión derivada, que era la ocasión más propicia. El mismo lenguaje nada sabe de eso; en parte alguna se registran las expresiones técnicas actuales: *animus rem sibi habendi, animus*

domini, ni la una ni la otra se encuentran. El inventor mismo del *animus possidentis* se preocupa tan poco del lenguaje, que en la L. 1, § 3, *h. t.*, emplea la expresión: *affectio* TENENDI, para designar el *animus* del que quiere poseer para sí; y en el § 9 de la misma ley, la de *intellectus* POSSIDENDI, hablando de la capacidad de quien quiere poseer *para otro*.

En conclusión: silencio completo de los juristas romanos, á excepción de Pablo, sobre la necesidad de una voluntad de poseer particular para la posesion y otra para la tenencia, es decir, sobre la idea fundamental, base de toda la distinción entre esas dos relaciones según la teoría subjetiva.

¿Será preciso insistir más para demostrar el peso de este argumento negativo? ¡Qué falta tan grave no hubieran cometido los maestros romanos si no hubieran dicho una palabra á sus discípulos de esta diferencia en la voluntad de poseer, que no podía, sin embargo, serles innata! ¡Qué imperdonable omisión respecto del Juez, que era, por lo general, extraño al derecho, si hubieran pretendido obligarle á aplicar una distinción que dejaban en la oscuridad más completa! ¿Dónde, pues, si no es en ellos, debía aprender la manera de concebir en abstracto la diferencia en el *animus* y de reconocerle en concreto?

La doctrina guarda sobre la idea fundamental de la distinción entre la posesión y la tenencia un silencio absoluto; desempeña el papel de una esfinge que ofrece la voluntad de poseer como enigma. Y nadie hasta ahora, lo ha descifrado (XI y XII).

Y abordo ya la regla de derecho mencionada más arriba.

8. *Nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest.*

He reservado el examen de esta regla para lo último, con el objeto de preparar adecuadamente al lector. Después de leídas las declaraciones precedentes, no puedo abrigar dudas sobre su significación. La idea que, según hemos demostrado, ha sido realizada de hecho por los juristas romanos, á saber, que no es la voluntad subjetiva, sino la regla de derecho, la que determina la naturaleza de la relación posesoria, ha sido expresada de una manera tan clara como incisiva, no sólo por los juristas de la época imperial, sino por los de la república, por los *veteres*.

La idea es la siguiente:

La voluntad subjetiva es impotente ante la regla objetiva de derecho.

Me he impuesto como ley en este trabajo el no extenderme sobre los puntos que han sido ya suficientemente explicados por otros; de este modo dispongo de más espacio para expresar mis propias opiniones. Por esto me limito aquí á lo indispensable para la comprensión exacta de esta regla.

Sabido es que Savigny (pág. 82) la ha referido á la antigua *usucapio pro herede lucrativa*. Tendría por objeto, según esto, impedir prescribir *pro herede*, á aquellos que ocupaban las cosas hereditarias de otro, sea como poseedores, sea como tenedores. Sólo después del descubrimiento de Gayo, al cual debemos la explicación de esta extraña institución del derecho romano, es cuando esta regla ha llegado á ser clara, «pero habiendo perdido en *gran parte* su significación previa después de Adriano, y *completamente* después de Justiniano».

He ahí una alegación muy grave. ¡Una regla cuya inteligencia debía haberse perdido enteramente para la época nueva, la cual tenía, en lugar del verdadero texto de Gayo, el extracto en dos libros, que no hacían mención alguna de la *usucapio pro herede* abolida! Una regla que había perdido toda significación para el derecho de Justiniano y que, sin embargo, era honrada por los compiladores, no sólo por una mención aislada, sino por una explicación detenida.

Si la regla se hubiera limitado, como Savigny quiere, á la *usucapio pro herede* y á la *usureceptio*, ambas abolidas, lo hecho por los compiladores sería inconcebible. Resulta de ahí que debía tener un valor más extenso y aplicarse aun en la época nueva. Sin duda, como Savigny admite, ha podido haber sido hecha en su origen tan sólo para las circunstancias que él indica; alcanzando más tarde mayor aplicación. Sin embargo, esta opinión no me parece verosímil. Si no se aplicaba más que en esas circunstancias, ¿por qué no se señalaba el elemento decisivo: *lucri faciendi causa*, como se ha hecho para la *usucapio pro herede* y para la *usureceptio* con la adición de la palabra *lucrativa*? (Gayo, II, 56, 60). Sea de esto lo que fuere, es indiscutible que, aun en la época antigua, la regla ha tenido un alcance

infinitamente mayor y que sólo por eso ha podido mantenerse hasta la época nueva.

En el sentido con el cual se ha mantenido vigente en el derecho nuevo y en el de Justiniano, significa que la voluntad no tiene fuerza ante la causa *possessionis*. ¿Qué es la *causa possessionis*? (1) No es sólo el *motivo jurídico* de la posesión (cuya importancia se revela en la transmisión de la propiedad), sino un modo de establecerse previsto por el derecho, de modo que aun el establecimiento *injusto* de la posesión, la *virtuosa possessio*, cae dentro de la regla.

El *vitium possessionis* obra sobre la relación posesoria de la misma manera que la *causa juris*; por ejemplo, el contrato de arriendo, de prenda. Le imprime un sello definitivo (2). Ahora bien: si la causa de establecimiento, tomada en ese sentido, determina definitivamente el carácter de la relación posesoria, puede entenderse también por *causa possessionis* esta calificación jurídica de la relación posesoria misma. Sabido es, por lo demás, que la palabra *causa* se encuentra en más de una ocasión en las fuentes con ese significado. En este sentido la regla quería decir: nadie puede, cambiando de voluntad, transformar una relación posesoria existente. Y en tanto que la eficacia de la causa descansa sobre una disposición jurídica, se puede también, como yo he hecho, sustituir la regla del derecho y formular el principio en estos términos: en materia posesoria, *la voluntad del poseedor no tiene fuerza frente á la regla objetiva del derecho*.

¿Se aplica esto á las relaciones *nacientes*, al igual que á las *existentes*? La palabra *mutare* inclina el ánimo á la negativa, porque para que una cosa pueda cambiar, es preciso que exista. Pero el nacimiento implica también ya la CAUSA *possessionis*. La regla eucuentra, pues, también aplicación con respecto á la regla posesoria naciente. Encuéntrase un ejemplo en la

---

(1) Sabido es que por *possessionis* es preciso entender, no sólo la posesión, sino tambien la tenencia. V. L. 2, § 1, *pro her.* (41, 5); L. 5, *Cód. h. t.* (7, 32).

(2) L. 40, § 2, *h. t.* Las *causae possessionum*, de Cic., *de leg. agr.* (3, 11), se refieren también á los *vitia possessionis*. Es un error que se debe corregir en *Perniœ*, Labeo, II, p. 191.

L. 13 *de don.* (39, 5), que muestra la ineficacia de la voluntad del representante que quiere adquirir la posesión para sí mismo, cuando la *causa possesionis* implica la tenencia.

La regla se aplica, no sólo á la posesión jurídica y á la tenencia, sino también á la *usucapión*. Prohibe toda transformación en la relación posesoria comprendida bajo la regla (véase luego). Así, no sólo impide transformar la tenencia en posesión por un simple cambio de voluntad, sino que impide depurar los vicios originarios *(vitia possessionis)* de la posesión misma; por ejemplo, en la persona del heredero que no conociese el *vitium*. Tal es también la explicación de la decisión mencionada antes, relativa á la situación posesoria del colono. La relación posesoria conserva su carácter originario, hasta que interviene un suceso que, jurídicamente, sea capaz de transformarla. Tales son todos los hechos que, á falta de toda relación posesoria, tuvieran por consecuencia la adquisición de la posesión ó el establecimiento de la tenencia. Su efecto debe ser el mismo. Son ya hechos de naturaleza jurídica: celebración de un contrato, adición de la herencia, legados ya hechos de naturaleza real, *dejectio* del poseedor de un fundo, sustracción de una cosa mueble.

La regla indicada, según el tenor de sus términos, no consagra sino la *impotencia* de la voluntad; pero es preciso añadir, para cubrir completamente la teoría de los juristas romanos, la *insignificancia* de la voluntad del poseedor en lo que concierne á los hechos jurídicos que se desconocen.

Me remito á los casos citados; vese en ellos la disposición del derecho realizarse, no *contra* la voluntad del poseedor, sino *sin* ella. Por medio de la regla *nemo causam possessionis*, etc., únicamente esos casos no hubieran podido ser juzgados por los juristas romanos según lo han sido. Esta regla, en efecto, no tenía aplicación alguna, porque no se trataba de vencer una voluntad resistente, sino de realizar un efecto jurídico sin la voluntad. Los juristas romanos no han formulado en parte alguna, en principio, ese punto de vista de la realización del derecho sin la voluntad: limitáronse á aplicarlo. En este sentido, pues, la regla de que se trata no formula por entero su teoría.

Creo poder terminar aquí la exposición de la teoría de los juristas romanos.

Después de mis explicaciones anteriores (V), no tendré necesidad de prevenirme contra la mala inteligencia que fácilmente pudiera surgir de la mención de la *causa possessionis* en la regla indicada, á saber, que así como la tenencia depende de la prueba de una *causa detentionis*, así la posesión debe depender de la prueba de una *causa possessionis*. Tal es la teoría de las causas en materia de posesión. Ya la hemos expuesto y refutado.

Según la teoría de los juristas romanos, hay siempre posesión mientras no haya una de las *causæ detentionis* legales que la excluyen. Resulta esto evidentemente de que, cuando la *causa detentionis* supuesta no existe, ó la verdadera causa cesa, la tenencia se convierte en posesión, según hemos visto. Si la posesión no formase la regla que impera siempre cuando el motivo de una excepción desaparece, ni, por el contrario, la posesión y la tenencia fuesen como dos miembros completamente independientes, el error sobre la simple *causa detentionis*, ó su desaparición, no podría convertir la tenencia en posesión. Resultaría tan sólo que la causa supuesta no sería lo que se creía, pero la tenencia misma, no atacada, subsistiría.

La tenencia se refiere á la posesión, como la excepción á la regla, y la realización de la excepción tiene por condición una *causa detentionis* reconocida por el derecho. Si no existe, ó si desaparece, la tenencia se hará jurídicamente imposible, surgiendo la posesión: he ahí nuestra fórmula:

$a + c = x$, $a + c - n = y$; sin $-n$ no hay y......

El resultado con que terminamos nuestra exposición de la teoría de los juristas romanos consiste en reconocer que la supuesta dualidad de la voluntad de poseer, á que la teoría subjetiva refiere la distinción entre la posesión y la tenencia, era completamente desconocida de los juristas romanos. La idea no se ha comprobado en ninguna de las relaciones en que hubiera debido afirmar su derecho á la existencia. No es verda-

dera, ni *históricamente* (VII, VIII), ni procesalmente (IX), ni legislativamente (XIV), ni dogmáticamente: es una idea absolutamente falsa, que no debe su origen más que á un desgraciado ensayo constructivo de Pablo (XIII): el motivo real de la distinción romana entre la posesión y la tenencia es un motivo *práctico*: eso es lo que ahora vamos á probar.

XVI

Teleología de la relación posesoria derivada.

La idea de la dualidad de la voluntad de poseer no se ha verificado: la persuasión que tiene la doctrina moderna de haber encontrado en el *animus possidentis* la clave de toda la teoría posesoria, resulta equivocada. El trabajo increíble por ella realizado, los esfuerzos desesperados y violentos, cumplidos, han sido vanos. Como ocurre muchas veces cuando se trata de abrir violentamente una puerta con el auxilio de una llave falsa, los partidarios de dicha teoría no han abierto la puerta: han forzado la cerradura.

En lugar de emplear la llave falsa del *animus*, voy á ensayar otra llave, que yo llamo el *fin;* la he encontrado muy buena en todos los problemas á los cuales la he aplicado, pudiendo afirmar que ella es la que por primera vez me ha dado una explicación de todo el orden moral del mundo: de las costumbres, de la moral, del derecho. Quiero, pues, ensayarla nuevamente en el problema que nos ocupa.

El fin, esto es, las consideraciones y los motivos prácticos, son los que han hecho nacer en Roma la tenencia al lado de la posesión. Trátase sólo de probar este aserto. La cuestión del fin de la posesión, es decir, la de saber por qué los romanos han procurado á la posesión una protección jurídica, no es objeto de nuestro estudio: en mi obra sobre *El fundamento de la protección posesoria* (1), dejo expuesto lo que yo pienso

(1) Trad. esp.—*(N. del T.)*

acerca de este punto. Trátase aquí exclusivamente de la tenencia; supongo la posesión sabida.

Si yo hubiera dado á estas dos obras el título que representa su pensamiento íntimo y capital, hubiera podido llamar á la primera: *La cuestión del fin de la posesión*, y á ésta: *La cuestión del fin de la tenencia;* pero he preferido atenerme en este caso á la tradición: y así, en aquélla se habla del *fundamento de la protección posesoria*, y en ésta de *la voluntad en la posesión*.

Independientemente de la tenencia contractual, el derecho romano conocía también otras dos formas: la tenencia absoluta y la tenencia doméstica. Ya he probado para las dos que lo que ha hecho retirar su efecto ordinario á las condiciones legales completamente reunidas de la posesión, han sido consideraciones prácticas.

La posición jurídica del poseedor debía ser mantenida en caso de ocupación de su fundo durante su ausencia. De donde resultaba (supuesto que, según el derecho romano, no era posible una *compossessio plurium in solidum)*, que la relación posesoria del ocupante no podía designarse más que como tenencia, á pesar de la existencia incontestable del *corpus* y del *animus* en su persona.

La posición jurídica del jefe de familia era soberana é ilimitada frente á las personas sometidas á su potestad; de ahí la tenencia de estas últimas. Para esas dos relaciones, á las cuales se suma como tercera la de las *res extra commercium*, hemos sentado que existe un *obstáculo* contra la posesión (nuestra *—n)*, que se atraviesa frente á las condiciones legales, $a + c$ de la posesión, habiendo aplicado entonces ya ese mismo punto de vista á la tenencia contractual.

El ensayo realizado por la teoría subjetiva, de deducir el motivo de la tenencia de la persona del tenedor, de su voluntad defectuosa, se ha frustrado (XIV). La dirección de la voluntad del tenedor nada tiene que ver con la cuestión (XIV). Sólo resta, pues, buscar el motivo de la tenencia en la persona del *dominus possessionis*, es decir, indicar para los casos de tenencia el mismo motivo práctico que en los otros dos se ha revelado como decisivo: la consideración de la posición jurídica del dueño de la posesión.

El interés que tenía éste en conservar la posesión cuando confiaba provisionalmente la cosa á otro, era doble: primero, la *continuación de la usucapión*. Según el derecho romano antiguo, la usucapión se interrumpía cuando el usucapiente transmitía la posesión á otro. La idea de hacerla continuar, á pesar de la transmisión momentánea de la posesión, idea que el derecho moderno ha realizado en la prenda, no había aún nacido. Resultaba de ahí que era preciso conservar la posesión en la persona del usucapiente, en caso de entrega pasajera de la cosa, ó en otros términos, que el *accipiens* no podía obtener más que la tenencia. Consecuencia de esto, el *sostenimiento intacto de su posición jurídica*, es decir, la facultad de defender su posesión por *su propia fuerza* y por los *medios posesorios*. Ya antes he mostrado que no tenía eso gran importancia para las cosas muebles, pero sí para las inmuebles; por ejemplo, para el arrendamiento.

Está en primer término la posición jurídica del señor ó dueño de la posesión *(Besitzherr)* respecto del *tercero*. Si el colono y el inquilino hubieran obtenido la posesión—por supuesto, no una posesión revocable á voluntad, como el precarista, sino una posesión asegurada por el término del arriendo, según implicaba su derecho contractual,—hubieran podido, como todo poseedor á quien se concede la posesión temporalmente, como, por ejemplo, al acreedor con prenda, transferirla á otras personas. El arrendador habría perdido de ese modo la protección posesoria, debiendo servirse de la *rei vindicatio*. Simples ó meros tenedores el colono y el inquilino, no podían transmitir la posesión, por no estar ésta *vacua;* la posición posesoria del dueño de la posesión frente al tercero quedaba así completamente asegurada.

Está luego la posición jurídica del poseedor respecto del *tenedor*. La tenencia implicaba la falta completa de todo derecho real en el colono ó en el inquilino; esto procuraba al *dominus* una doble facultad: la de lanzar al colono malo ó al inquilino molesto, sin otra formalidad (1), y la de vender el fundo en todo

(1) El aserto de que esta facultad tenía por condición, según el derecho romano nuevo, la falta de pago del arriendo durante dos años, es erróneo. La L. 54, § 1, loc. cit. (19, 2), que se invoca, contiene la prueba de lo contra-

tiempo. Si hubiera tenido la posesión, no hubiera podido aprovechar una ocasión de vender, sometido á la condición de una tradición inmediata ó pronta; hubiera debido esperar que el arriendo espirase, esto es, á que la medida fuese ya demasiado tardía.

La explicación dada antes tenía por único objeto demostrar que se atribuía para el dueño de la posesión un interés importante en la tenencia. Dejo para más adelante (XIX) la cuestión relativa á saber si este interés no ha sido exagerado, y si no sería preferible adoptar otra manera de ver distinta de la adoptada por los romanos. No se trata aquí más que de poner de manifiesto el verdadero motivo práctico que en el fondo los guiaba (1).

El interés del dueño ó señor de la posesión—Besitzhernn, dominus possessionis - implica un obstáculo á la protección jurídica del tenedor. Tal es, pues, el sentido de la tenencia. Ahora bien: la tenencia contractual no es más que la copia de la doméstica. Cuando el fin perseguido no implica esta situación de dependencia dada al que tiene la cosa, no puede verificarse la tenencia: es preciso la posesión. No se trata de ese híbrido tenedor á la vez de la posesión y de la tenencia, que nos ofrece el tenedor en precario; éste, aun protegido posesoriamente contra los terceros, no se halla frente al señor de la posesión en mejor situación que el tenedor, pues que, como éste, puede ser expulsado arbitrariamente en todo tiempo. Es preciso, por el contrario, una posesión protegida jurídicamente de una manera completa: esto es, aunque sea frente á aquél. La explicación siguiente tiene por objeto probarlo en los casos en que el

---

rio; habla de la aseguración del colono contra el ejercicio del derecho de *ex missio*, por medio de una pena convencional: la falta de pago del arriendo menciónase sólo en la cuestión de saber si se ha incurrido en la pena convencional. La L. 56, *ib.*, habla de un inventario público.

(1) El primero, y hasta Persiæ (1873), Labeo, I, p 467, el único que ha tenido el valor de reconocer que la concepción admitida por el censo romano, con la teoría reinante, tiene algo «de artificial, que se explica por las condiciones históricas y sociales de Roma», es Dernburg.—*Pfandrecht*, II, página 65 (1864). Se ha expresado más tarde con más exactitud, en la obra citada, p 69, y en las *prenss. Privatrecht*, I, § 190.

derecho romano ha dado *indiscutiblemente* (1) la posesión en relaciones de posesión derivada: tales son los casos del acreedor con prenda, del colono hereditario, del sustituto y del secuestro.

El acreedor con prenda.—Ya antes he demostrado cuán necesaria es la posesión para el objeto del derecho de prenda. La idea de que el derecho romano no había en rigor concedido más que la tenencia al acreedor con prenda, por faltarle el *animus rem sibi habendi*, ó *domini*, y de que únicamente ciertas «razones históricas», que yo no he encontrado indicadas en parte alguna, han ocasionado la manera opuesta de ver del derecho romano; esta idea, revela de una manera tan completa el desconocimiento de la importancia práctica de la posesión, que esta consecuencia en todo caso inevitable desde el punto de vista de la teoría subjetiva, debería bastar por sí sola para probar cómo tal punto de vista es por sí mismo imposible.

¡El acreedor con prenda, tenedor! Tanto valdría decir que el deudor puede arrancarle la cosa por sí en cualquier momento; y el acreedor que se defendiese... ¡sería castigado! Su protección dependería del petitorio y no del posesorio.

No hace falta que exponga mi opinión acerca del problema relativo á si la teoría del *animus* no puede rehabilitarse, á lo menos, para el acreedor hipotecario que ha obtenido la posesión de la cosa intentando la *actio hypothecaria*, es decir, si no es preciso concederle sólo la tenencia. Todo el derecho de prenda, *pignus* é *hypotheca*, sin la posesión de la cosa, no tiene consistencia; es la más grave *contradictio in adjecto* que puede imaginarse: ¡el acreedor con prenda protegido con el petitorio, y sin protección *posesoria!*

Los otros tres casos que he enumerado son especialmente instructivos, porque nos muestran la posesión concedida en relaciones que implican también la tenencia según las circunstancias. No cabe buscar una ocasión más favorable, para penetrarse del verdadero estado de las cosas, que esta dualidad de aspectos de la relación posesoria, á pesar de la identidad perfecta de la situación contractual. El colono hereditario es colo-

(1) Los casos dudosos se explicarán luego en el cap. XVII.

no—la acción contra él, para el pago del canon, es la *actio locati*—; el sustituto es mandatario—la acción contra él es la *actio depositi*—. Y sin embargo, el colono, el representante, el depositario ordinario, tienen la tenencia, mientras que esas personas tienen la posesión.

Hay, pues, identidad perfecta de relación obligatoria, y, á pesar de eso, tenencia de un lado y posesión del otro.

¿Cómo explicar esto?

Los intereses prácticos divergentes van á darnos la respuesta.

El colono hereditario.—Esta relación, como es sabido, se presentaba bajo dos formas: una, romana: arrendamientos de fundos urbanos *(ager vectigalis)*; y otra griega: abandono de un fundo para roturarle *(enfiteusis)*. Esta última forma, que probablemente existía desde tiempos atrás en las provincias del Imperio, no llega hasta el siglo III á conocimiento de los juristas romanos (1), no siendo objeto de la legislación hasta fines del siglo siguiente. Hasta Zenón (2), fin del siglo V, no existía indicio alguno de que los campos privados se dieran también en enfiteusis. En todos los textos del Código Teodosiano que mencionan la enfiteusis (3) y en numerosos pasajes del libro XI del Código de Justiniano—tít. 59 (58), 62 (61), 72 (71)—, aparecía

---

(1) Gayo, que habria tenido ocasión de mencionarla al lado del *ager vectigalis* (III, 145), no la conocia: el único jurista romano que la menciona es Ulpiano, en la L. 3, § 4, de *reb. eor.* (27, 9 : en la L. 15. § 1. *qui satisd.* (2, 8), de Macer, la adición *id est emphyteuticum*, después de las palabras *agrum vectigalem*, es una interpolación de los compiladores, proveniente de la asimilación de las dos formas por Justiniano: lo mismo que en el epígrafe del VI, 3: *si ager vectigalis id est emphyteuticarius petatur*.

(2) L. 1, Cód. *de emph. j.* (4, 66). La opinión corriente, la cual he aceptado en otros tiempos, y según la que Zenón habia decidido en pura teoria que el contrato enfitéutico forma el quinto contrato consensual, descansa en un error. Zenón ocúpase ahi exclusivamente del influjo del *casus*. Según los principios sobre la venta, se habria referido al enfiteuta; según los del arrendamiento, al propietario (*remissio mercedis*, en las hipótesis sabidas); Zenón la pone, ya á cargo del uno (*ipsius...* REI *interitum*, ... *ipsa rei laedatur* SUBSTANTIA), ya del otro (PARTICULARE *vel aliud* LEVE *damnum*). Zenón, al igual que Justiniano, presupone un contrato escrito (*scriptura interviniente*. L. 2, *ibid.*: *in emphyteutum instrumentis*. L. 3, *ibid.*: *emphyteuticum instrumentum*).

(3) Reunidos por I. Godofredo en su comentario sobre X, 2: *de locatione juris emphyteutici*, tomo 3.°, p. 427.

como limitada á los fundos del fisco, del Emperador (1), de las ciudades, de las iglesias; circunstancia que, como veremos, es de una importancia capital para la apreciación exacta del aspecto jurídico de la relación. La enfiteusis se acercaba tanto á la propiedad, que se comprende que los juristas hayan podido dudar si *«jus emphyteuticarium conductionis an alienationis titulis esset adjicendum»* (L. 1, cit.), y que en el uso corriente se llamase al enfiteuta *dominus*; lo que resulta de que este modo de señalar se encuentre muchas veces, aun en la legislación (2): los glosadores no han sido, pues, los primeros en aplicar aquí la noción de propiedad (*dominium utile*).

No me fijaré, por ahora, en la enfiteusis sobre los fundos privados; la llamaré, para abreviar, el arrendamiento hereditario *privado*, y llamaré *público* á la enfiteusis sobre el fundo del fisco, del emperador, de las ciudades, de la Iglesia, y la relación sobre el *ager vectigalis*. Históricamente, el arrendamiento hereditario se ha desenvuelto, como la *superficies*, primero para los fundos públicos, siendo esto decisivo para comprender el aspecto particular que lo distingue del arrendamiento ordinario.

El interés de la *usucapión* desaparecía para los fundos públicos; no era preciso adquirir la propiedad; existía ya, y no se disputaba.

Por este motivo también precisamente, el descargo de la prueba que procura la *protección posesoria*, comparada con la *reivindicatio*, respecto de *terceros*, no tenía valor alguno para esos fundos; el demandante no podía tener la menor dificultad para probar su propiedad, cuando ésta fuese disputada, lo que no ha debido ocurrir; era notoria.

Sólo queda, pues, el *derecho de expulsión* del arrendador. De las dos ocasiones que lo hacían importantísimo, la de la venta desaparecía por completo. Esos fundos no se vendían jamás, y quedaban siempre como propiedad del Estado, del emperador,

(1) Lo que aquí es significativo es el texto de Augustino, citado por Godofredo, que identifica la *possessio emphyteutica* con el *fundus imperatorum*.

(2) En el Código Teodosiano: L. 5, *de consit.* (13, 11); L. *un. comm. div* (2, 2): en el Justinianeo: L. 2, 4, 12, 14, *de fundo patrim.* (11, 62 (61)): L. 1, 2, *de fundo rei pr.* (11, 66 (65)); L. 4, 5, *de div. praed.* (11, 70 (69)).

del común, de la Iglesia. En cuanto á la segunda, el *lanzamiento del colono malo*, es decir, del que destrozaba el fundo, tenía escasa importancia. Un colono temporal puede concebir la idea de agotar la tierra, ó de omitir, al terminar su arriendo, las operaciones agrícolas necesarias, economizando los abonos, abandonando los árboles frutales, las viñas, etc., porque no va á seguir recogiendo los frutos; pero el hereditario no hace eso, porque sería él el primer perjudicado; su propio interés es la mejor garantía del buen cultivo.

Aun admitiendo que las dos relaciones sean, en el respecto de que se trata, iguales, el propietario, en el arrendamiento hereditario, sin la perspectiva de tener que volver á arrendar, puede no alarmarse ante el descuido del cultivo, mientras que en el temporal este descuido implica, para lo futuro, una disminución posible de la renta en el caso de llegar á celebrarse un nuevo arriendo. Lo mismo ocurre con la comparación del alquiler de casas con la superficie; el propietario no tiene interés alguno en que el superficiario mantenga la casa en buen estado, mientras sí lo tiene cuando se trata de un alquiler ordinario. Y por eso nuestras fuentes, que hacían responsable al colono ordinario de la *culpa levis*, nada dicen respecto de la enfiteusis y de la superficie: esas dos relaciones no se prestan á ello.

El aserto de que el propietario puede expulsar al enfiteuta por deterioros del fundo, no está, en mi concepto, fundado en el derecho romano. En los numerosos textos del Código Teodosiano y de Justiniano, que tratan de la enfiteusis y de las relaciones análogas (*fundi patrimoniales* y *res privatæ* del Emperador), no se menciona el derecho de expulsión. Justiniano no lo ha introducido en la Novela 120, c. 8, sino para las enfiteusis de la Iglesia, donde tenía el mismo interés práctico que en el arriendo temporal, á causa de su duración temporal también (1).

(1) Novela 7, c. 3 pr. (*Reg.:* de por vida.—Excepción: transmisión á los hijos y nietos). El fin que Justiniano perseguia era el de hacer posible el aumento del *canon* por arrendamientos periódicamente renovados. En esta forma de la enfiteusis de Iglesia, la idea originaria de la institución estaba enteramente sacrificada, tanto respecto á la *duración*, (§ 2: *in sola emphyteusi* TEMPORALI), como al objeto (2, *ib.:* DOMIBUS *et suburbanis et* HORTIS *et agris*), y á la supresión del derecho de libre *enajenación*, correspondiente en todos los demás casos al enfiteuta (§ 3); la enfiteusis sólo tiene aquí la función de una forma

No ha dispuesto que pudiera ejercerse bajo forma de disposición privada, lo que tampoco vendría bien aquí, porque el enfiteuta es poseedor. La expulsión no puede verificarse sino por instancia judicial, en la cual se ha de probar el deterioro, mientras el colono ordinario, simple tenedor, podía ser expulsado privadamente aun bajo el derecho romano más reciente (1).

En conclusión: La situación independiente concedida al colono hereditario por la concesión de la posesión, no perjudicaba en nada el interés del propietario del fundo. De otro lado estaba exigida é impuesta de un modo apremiante por el interés del colono hereditario, tanto en la enfiteusis, como en el *ager vectigalis*.

En la enfiteusis. ¿Quién se hubiera dedicado á roturar un fundo inculto, obra á veces de la vida entera, si no hubiera tenido la certidumbre de recoger el fruto de su trabajo y esfuerzos? El libre derecho de expulsión del propietario es incompatible con la enfiteusis.

En el ager vectigalis. Era preciso la misma certidumbre para el colono hereditario: éste no haría mejoras costosas en el fundo, no edificaría, no plantaría: era necesario ponerle en condiciones para ello, condiciones que no resultarían si el derecho no le concediese su *plena* protección. No basta, pues, la protección puramente *obligatoria* suficiente para el colono temporal, porque no le procura, según el derecho romano, el medio de impedir el hecho mismo de la expulsión, y le obliga además á seguir el camino difícil, incierto é imperfecto de la acción de daños y perjuicios. Requiere, en suma, la protección del *derecho real*, que hace imposible la expulsión. No es necesario decir que á este fin la protección del petitorio no basta, siendo precisa también la del posesorio. La posesión real ó jurídica constituía

---

jurídica reforzada del arrendamiento. Por eso precisamente exigía la protección contra los deterioros ó destrozos, innecesarios, por completo, en la verdadera enfiteusis.

(1) De que, según la L. 12, *unde vi* (43, 16), la negativa del colono á entregar el fundo al comprador, no cae en la *dejectio* cuando se verifica *propter justam et probabilem causam*, no se sigue que el colono pueda reclamar la protección posesoria contra la expulsión violentamente verificada de parte del arrendador. Sólo cuando éste acude por sí al posesorio, es cuando el colono es oído en su excepción. (Arg., L. 10, C. *Unde vi*, 4.)

el postulado inevitable de la seguridad del colono hereditario. El derecho romano se decidió por la protección real.

Esta independencia del derecho real del colono hereditario, aun cuando exigida en primer término por el interés del colono, ofrecía de otro lado al propietario un beneficio no despreciable en verdad. Liberando al colono hereditario y dándole la posibilidad de intentar por sí mismo todas las acciones necesarias en la protección: la *reivindicatio utilis*, la *actio negatoria, confessoria*, el *interdictum uti possidetis*, *unde vi*, etc., ahorraba al propietario el trabajo y el tiempo exigidos para hacerlo él, según ocurre con el colono temporal. En la relación del arrendamiento hereditario público, tenía eso precisamente una importancia especial; evitábase de ese modo grandes trabajos á los administradores fiscales, imperiales, comunales y eclesiásticos.

Y paso al *arrendamiento hereditario privado*. Por lo expuesto, sabemos que la enfiteusis fué transportada á él por entero: la cuestión de posesión estaba ya decidida para ella aun antes de que surgiera. Justiniano ha realzado no poco el valor práctico de la institución bajo esta forma de aplicación, sobre todo, añadiéndole ciertas condiciones por las cuales el propietario trataba de asegurarse contra el cambio frecuente de la persona del colono hereditario, y contra el peligro de tener un colono que no le conviniera. Prohibíase en absoluto la enajenación á ciertas personas que no se nombraban (1), y con relación á *las demás*, el propietario se reservaba el derecho de consentir en cada caso, señalando al efecto un derecho de aprobación, que á veces era muy elevado (2). Justiniano, como es sabido, ha reducido esta prima al 2 por 100 *(quinquagesima pars pretii)*, concediendo el derecho de retracto al propietario. La reunión de las dos facultades, que dejaba á su elección, era un medio muy hábil de oponerse á la mala fe del colono hereditario, con relación al precio que podía suponer estipulado. Si indicaba un precio

---

(1) L. 3, Cód. *jure emp.* (4, 66 : ... *Vendere his tamen personis, quæ non* SOLENT *in emphpteuticis contractibus vetari ad hujusmodi venditionem venire*. Justiniano cita como ejemplo de personas no aceptables: *personas non idoneas ad solvendum emphpteuticum canonem*.

(2) L. 3, cit.: *ne avaritia senti domini magnan molem pecuniarum propter hoc efflagitent*, QUOD USQUE AD PRÆSENT TEMPUS PERPETRARI COGNOVIMUS.

muy bajo, para disminuir el derecho de aprobación, el propietario elegiría el retracto; si se ponía un precio demasiado elevado, se elevaba el derecho indicado; en ambos casos, si el colono hereditario mentía, lo hacía en su propio perjuicio (1).

El último paso en el desenvolvimiento de la institución se ha dado en Alemania, por la combinación del pago de un tanto por el colono hereditario (precio de venta) con el canon (2). Supuesto el valor del fundo en 3.000 pesetas, y la tasa de evaluación del canon en 3 por 100, no hay diferencia numérica, si el canon se elevase á 90 ó 60 pesetas con un tanto por mil. Mas para el propietario este último modo es infinitamente más favorable: le asegura contra el peligro de que el colono hereditario deje el fundo sin cultivo á causa de dificultades no previstas al hacer la roturación, ó á causa de la mala calidad del suelo, advertida ya demasiado tarde (3): el dinero por él colocado en ese fundo lo ata á él. Bajo esta forma, el arrendamiento hereditario es una de las producciones más bien combinadas que el derecho puede presentar.

Hemos mostrado antes que la falta de posesión en la persona del propietario del fundo no tenía importancia en el arrendamiento hereditario público. No es lo mismo en la enfiteusis privada. La usucapión tiene aquí el mismo valor que en todos los demás casos. ¿Continúa aquélla contándose cuando el propietario del fundo transfiere la posesión al colono hereditario? Las fuentes no deciden: en el sentido del derecho nuevo, se debe, en mi concepto, responder afirmativamente. Si la usucapión continúa en la persona del deudor, aun cuando la posesión esté en el acreedor, debe continuar también en la persona del

---

(1) Me limito á reproducir lo dicho en mi *Esp. del D. R.*, IV, p. 261, nota 4.

(2) No he encontrado indicación alguna en las fuentes romanas. El arrendamiento hereditario tiene ó presenta un aspecto análogo, por ejemplo, en las *vehne* de las costas del Norte. El precio de venta denominase en esta institución *Erbstandsgeld*.

(3) Hablo en esto por experiencia propia: con relación precisamente á la relación indicada en la nota anterior. En el suelo aquél puede á veces tropezarse con raíces de árboles tan enormes, tan extraordinariamente duras, que su extracción cueste grandes esfuerzos y penosas operaciones. Si el colono no tuviera y no conservara su dinero en el suelo, abandonaría de seguro el lugar.

propietario del fundo. Puede decirse del uno, empleando el mismo lenguaje de los juristas romanos: *ad usucapionem tantum possidet*; y del otro: *quod ad reliquas omnes causas pertinet qui accepit, possidet* (L. 16, *de usurp.*, 41, 3). La protección posesoria se niega por lo mismo al dueño de la posesión. Admitiendo que el fundo pase á manos de un poseedor no autorizado, se vería así constreñido á la *reivindicatio*, debiendo ofrecer la prueba de su derecho de propiedad.

En realidad, esta laguna en su posición jurídica no tiene una importancia particular. Si el fundo pasa por herencia á un nuevo poseedor, éste sucede en la obligación de su autor. Si pasa en virtud de un contrato, como el colono hereditario no puede enajenar sin el consentimiento del propietario del fundo, siempre le será fácil á éste hacer un nuevo contrato que deje á salvo todos sus intereses. Sólo queda, pues, el caso en que el fundo pase á manos de un poseedor no autorizado, y entonces el colono hereditario, ó, en caso de sucesión, sus herederos, cuidarán de que el fundo vuelva á sus manos: tienen en ello un interés infinitamente mayor que el propietario.

Las explicaciones que preceden tenían por objeto mostrar la complicación particular de los fines del arrendamiento hereditario, poniendo así al lector en condiciones de juzgar si el derecho romano ha hecho bien al darle la posesión al colono hereditario. Hubiera dado vida á una institución absolutamente no viable (1), si hubiera debido dejarse guiar por la teoría subjetiva, que considera la relación desde el punto de vista formalista solo (2): el arrendamiento hereditario es un arriendo, y como el colono no tiene el *animus domini*, no puede tener, debiendo afirmarse lo mismo del colono hereditario.

Resulta de la comparación hecha entre las dos relaciones,

---

(1) Savigny, p. 118: «Según todo lo dicho sobre la naturaleza de la posesión, no se debería admitir aquí, ni en el derecho de superficie, verdadera posesión.»

(2) Savigny, p. 202, no conocía, para explicar la posesión sobre el *ager vectigalis*, otra razón que la consideración histórica, muy problemática, de la analogía del *ager publicus*.

«Esta explicación se armoniza, sin duda, con la referencia á las formas antiguas, que es indeclinable en el antiguo derecho.» La posesión hubiera debido pasar luego, del propio modo, del *ager vectigalis* á la enfiteusis.

que: *lo que ha determinado á los romanos á conceder la tenencia al colono temporal y la posesión al colono hereditario, han sido motivos prácticos.*

La segunda relación donde se presenta ese mismo fenómeno de que, según la diferencia de la relación, hay, ya posesión, ya tenencia, es la *representación*: el representante directo obtiene la tenencia; el sustituto la posesión. Ya hemos hecho antes la advertencia de que la segunda forma de la representación, que era la forma originaria, se ha mantenido luego de creada la primera. El motivo no puede haber sido sino un motivo práctico, porque sin él hubiera debido, por ser la menos perfecta, ceder ante una forma más perfecta. Ahora bien: se ha conservado, no sólo en la persona del mandante, sino también en la del tutor. Desde el punto de vista de la teoría subjetiva, no puede eso comprenderse; en ambos casos, el intermediario tiene la intención de obrar para el dueño: *procurator (curator, tutor) alienae possessioni praestat ministerium* (L. 18 pr., *h. t.*). En ambos casos, hay la misma relación de obligación, la misma acción *(actio mandati, tutelae directa, utilis.)* Y sin embargo, vemos la posesión de un lado y la tenencia del otro: ¿por qué? Si según todo lo probado en este escrito, la cuestión de la posesión es una *cuestión de interés*, la distinta naturaleza de este interés es quien deberá darnos la solución racional en cada caso.

Para el representante, no está en juego el menor interés propio en el acto de la aprehensión de la posesión. No responde para con el tercero de quien obtiene la cosa; la responsabilidad, si es que hay alguna, en el acto en virtud del cual se ha hecho la tradición, recae exclusivamente sobre el dueño. No pasa lo mismo con el sustituto. El es quien ha celebrado el acto, del cual la tradición no es más que ejecución; v. gr., en el contrato de venta; y de este acto nacen para él derechos y obligaciones. Admitiendo ahora que el derecho nuevo, separándose del antiguo, que le concedía la posesión y la propiedad, hubiera querido hacer pasar una y otra inmediatamente al dueño en el asunto, hubiera sido inexplicable dejarle sin protección. El dueño podría arrebatarle la cosa por sí, como al representante, dejándole abandonado á sus fuerzas para tratar de obtener el precio que tiene pagado ó que tuviere que pagar al vendedor.

En caso de quiebra de éste, se hubiera visto reducido á la simple *actio mandati contraria*, sin recibir en todo caso toda la suma. La tenencia para el sustituto, significaría en las relaciones, lo mismo que la tenencia para el colono hereditario: ningún hombre sensato querría comprometerse de ese modo. La seguridad de la posición jurídica era para ambas relaciones el postulado indispensable de su utilidad práctica. Tal es precisamente el motivo por el cual el sustituto obtiene la posesión y la propiedad; la misma cosa debe servir para garantirlo y cubrirle de sus gastos ó de las obligaciones contraídas (1).

Ese punto de vista es tan sensible y evidente, que apenas se comprende cómo ha podido pasar inadvertido. Por mi parte, lo he expresado en breves palabras, con ocasión de la cuestión de la cesión que se menciona en la nota; pero entre los autores, no lo he encontrado aun más que en Dernburg (*Pandekten.*, I, p. 409, 410). Mas no ha sabido separarse por entero de la opinión común, porque deja á «la intención del representante» decidir cuál de las dos maneras ha de aplicarse. Y el mismo no oculta que el representante «no hará fácilmente una declaración expresa á este propósito, y hasta que no podrá darse clara cuenta de ello».

En mi concepto, no se trata aquí, en la cuestión de posesión ó de tenencia, del conocimiento y de la voluntad subjetiva: trátase en rigor únicamente de la aplicación de una regla de derecho, la cual, por buenos motivos, ha referido al uno la posesión y al otro la tenencia. No ha lugar á investigar si el representante (ni tampoco el colono, ni el enfiteuta) ha querido la posesión ó la tenencia, debiendo reconocerse que nuestra manera de ver

(1) Resuelve esto también la cuestión relativa á si el dueño puede, sin cesión de parte del sustituto, intentar como *utilis* la acción de éste contra tercero. Muchos autores dicen que sí, por ejemplo, Savigny y Puchta, que desconociendo aqui también la importancia eminentemente práctica de la cuestión, atienden sólo al punto de vista formalista. Savigny designa la cesión, como un «rodeo inútil».

Ya he dicho mi opinión acerca de esto en mi *Jährbuch*, I, p. 347 (1857), donde he señalado el interés práctico de la cesión, y más tarde en mi consulta *Uber den Lucca-Pistoja Actienstreit* (1867), reimpreso en mis *Vermischte Schriften*, p. 358.

es la más práctica, porque dispensa al juez de investigar la existencia de la voluntad individual de poseer.

La tercer relación, que nos permite reconocer el influjo del elemento fin sobre la posesión, es el *secuestro*. El depositario no obtiene más que la tenencia. Como en el secuestro el que lo realiza es un depositario secuestro, tampoco debería obtener sino la tenencia.

Démonos cuenta de las consecuencias que resultarían. En esta hipótesis, un depositario deberá restituir la cosa ante la orden de la parte litigante que antes tuviera la posesión: en caso de negativa, esta parte podría emplear la violencia contra él, como cualquier dueño. Es evidente que así quedaría ineficaz en absoluto para su fin el secuestro. El depositario en el secuestro debe ser independiente respecto de las partes litigantes; es su condición esencial, como lo es la del acreedor, que tiene la prenda, respecto del deudor. Radica en ello la seguridad de las relaciones y de los terceros. Suponiendo que en este caso la cosa fuese á manos de tercero, ¿quién debería intentar el *interdicto utrubi*? ¿El poseedor anterior? Si así fuese, el secuestro resultaría ilusorio: el interdicto debe, sin duda, corresponder al depositario en el secuestro.

La relación posesoria del secuestro forma, como es sabido, el objeto de muy viva controversia. No puedo detenerme aquí más en esto, y me limito á indicar brevemente cómo comprendo los dos textos que se mencionan: L. 17, § 1, Dep. (16, 3), y L. 39, *h. t.* El primero concede la posesión en el secuestro en términos categóricos; la cosa no puede ofrecer la menor duda: *Rei depositæ proprietas*, dice, *apud deponentem manet*, *sed et possessio*, *nisi apud sequestrum deposita est*. La transmisión de la posesión se hace sin restricción alguna; el jurista no menciona ninguna. Se ha querido encontrar en el segundo texto, donde se distinguen los dos fines posibles del secuestro, uno de los cuales se califica de *omittendæ possessionis causa*, y el otro de *custodiæ causa*. Si aquí se entiende por *possessio* la posesión jurídica, claro es que se deniega para el caso de la *dispositio custodiæ causa*. Pero sabido es que la palabra *possessio* se aplicaba también por los romanos á la usucapión. La L. 16, *de usurp*. (41,3) dice del deudor propietario de la prenda: *ad usu-*

capionem POSSIDET, siendo ese el mismo sentido en que nuestro texto considera aquí la *posesión*, exclusivamente en su relación con la usucapión. Resulta esto de la conclusión atribuída á la distinción indicada: AD USUCAPIONEM *possessio ejus partibus non procederet*... AD USUCAPIONEM *eam possessionem victori procedere*. El jurista admite aquí la posesión del depositario en el secuestro aun en el caso de la *custodiæ causa*: así nos lo enseñan las palabras: EAM *possessionem*, por medio de las cuales habla de la *possessio ejus*, que incontestablemente debe referirse á la posesión.

La idea de que el depositario, en el secuestro, fuera del caso de interrupción voluntaria de la usucapion, obtiene sólo la tenencia, no parece tener su causa última en la opinión preconcebida de que el depositario, según su naturaleza, no pueda dar más que la tenencia. Ya hemos visto, apropósito del arrendamiento y del mandato, lo que vale esta conclusión sacada de la naturaleza de una relación contractual para la relación posesoria. Si no oponía obstáculo alguno á la posesión del colono hereditario y del sustituto, tampoco la opone para el depositario del secuestro. Quien no quiera reconocerle más que la tenencia, debe explicar cómo se concilia eso con el fin del secuestro.

No recuerdo haber encontrado ese punto de vista teleológico decisivo en esta controversia; la teoría subjetiva en este caso tampoco ha salido de la consideración puramente formalista según la que la voluntad de tener la cosa para otro es la que hace que la balanza se incline.

Cuanto precede nos lleva á afirmar que lo que ha impulsado á los romanos á admitir la posesión en las relaciones examinadas, han sido los motivos prácticos; la teoría subjetiva, á pesar de todo, no admitía en dichas relaciones más que la tenencia. El fin práctico que persigue el interesado no podía alcanzarse sino gracias á la independencia dada por la posesión. En toda relación de posesión privada, una idea tan sólo es decisiva para saber si hay posesión ó tenencia: el fin práctico. Tenía, pues, yo razón al denominar el problema que nos proponíamos en este capítulo con el epígrafe: *la teleología de la relación de posesión derivada.*

XVII

Relaciones posesorias problemáticas.

Hay algunas relaciones posesorias respecto de las cuales las decisiones de nuestras fuentes dejan dudosa la cuestión de saber si implican la posesión ó la tenencia, y en qué condiciones puede admitirse una ú otra. Tales son las relaciones posesorias del *superficiario*, del *precarista* y del *negotiorum gestor*, así como la del *inventor de buena fe*. Examinémoslas.

1.—Relación posesoria en la «superficies».

Como es sabido, la cuestión de si el superficiario tiene la posesión jurídica ó real de la cosa, es discutida. Está fuera de duda que estaba protegido por el petitorio y por el posesorio: el pretor había establecido para él un interdicto particular (L. 1, *de sup.*, 43, 18), en el cual la expresión *possidere* se evitaba de intento, reemplazándola por *frui (uti... fruimini)*. La cuestión de si es poseedor real ó jurídico, no ofrece más que un interés teórico.

En mi concepto, todo depende de las circunstancias de hecho, que pueden variar.

En el caso previsto en la L. 3, § 7, *uti poss.* (43, 17): *si supra* ÆDES, *quas* POSSIDEO CŒNACULUM *sit*, *in quo alius* QUASI DOMINUS (es decir, como superficiario) *moratur*, no puede atribuirse una posesión real al superficiario, porque los juristas romanos no reconocían como posible en derecho la división horizontal de la propiedad, y por consiguiente, la de la posesión de un edi-

ficio. Sólo quedaba, pues, para el superficiario la posesión jurídica. Puede aplicársele las palabras de que se sirve Papiniano en la L. 27, *de don.* (39, 5), hablando de la concesión de por vida del derecho de permanecer en un *cœnaculum:* QUASI LOCO POSSESSORIS *constitutus, qui ussum coenaculi accepit.* El jurista niega también en ese caso, al superficiario, el *interdictum uti possidentis*, reduciéndole al *de superficiebus*, que, como él dice, le pone en completa seguridad frente al propietario que intentare el *utis possidetis.* El jurista cita también á título de ejemplo de esta superficie parcial las moradas subterráneas (χρύπται.)

Nuestra vida actual ofrece también otra porción de formas semejantes: por ejemplo, las cuevas abiertas en la roca y los comercios ó tiendas puestos en los soportales de las iglesias ú otros edificios.

Pero la *superficies* puede también presentarse como *total* esto es, de suerte que todo el edificio, y con él el suelo, sean tenidos exclusivamente por el superficiario (1). También aquí habría bastado la posesión jurídica para asegurar la posición del superficiario, no habiendo motivo práctico para darle la real. Sin embargo, podría creerse que los romanos se han decidido en este caso por esta última. El argumento que varios autores sacan de la L. 1, § 5, *de vi* (43, 16), en la cual se concede al superficiario el *interdictum unde vi*, no es concluyente, porque se concede éste al usufructuario y hasta al usuario (L. 3, § 13-16, íd.), los cuales no tienen más que la posesión jurídica. Doy, en cambio, valor á la concordancia que existe entre esta relación y la del *ager vectigalis* y de la enfiteusis.

Tenemos aquí el mismo aspecto exterior de la relación con la cosa: poder de hecho exclusivo; y la misma situación jurídica: protección jurídica completa y libre derecho de enajenación. No había el menor motivo, para los juristas romanos, de organizar la relación posesoria en la *superficies* de un modo distinto que en el *ager vectigalis*. Admitiendo que en la época

(1) Las fuentes sirvense aqui de *superficiaria insula* (L. 9, § 4; L. 39, § 2, *Damnis*, 39, 2). *Superficiarium* PRÆDIUM (L. 16, § 2, *de pign.*, 13, 7). SUPERFICIEM *imponere* (L. 18, § 4, *Damni inf.*).

en que han debido decidirse, la superficie parcial fuese aún desconocida, cosa eminentemente verosímil, no tenían el menor motivo para inventar respecto de la superficie la noción de la posesión jurídica, ó si estaba ya establecida para las servidumbres personales, ampliarla. Si no encuentran nada de particular en admitir la posesión real para el *ager vectigalis*, ¿por qué no la habrían de admitir también para la *superficies*? La posesión jurídica no se hace necesaria sino cuando surge en la *superficies* parcial, una forma nueva á la cual no podría aplicarse la real.

¿Cuál es de esas dos formas la que tiene en su favor la probabilidad de la prioridad histórica? La *superficies* es cosa artificial. El que quiere edificar una casa, compra el terreno; alquilar un terreno para edificar en él es una operación tan poco ordinaria, que es preciso investigar el motivo por el cual se ha llegado á ella. Ese motivo se ha visto, y con razón en mi concepto, en la edificación sobre el suelo público. Sabemos que en Roma habría comercios sobre el suelo público (*Tabernæ publicæ,* L. 32, *de cont. emt.*, 18, 1, hasta sobre el *Forum*; v. gr., despachos para el cambio). La idea de arrendar el suelo era aquí inevitable. El Estado, por motivos que no es preciso explicar, se reservaba la propiedad del suelo; éste no se vendía, se arrendaba. Fuera de la nueva obligación de pagar el SALARIUM, era imposible admitir en este caso las consecuencias de un arrendamiento ordinario. La situación era exactamente la misma que acabamos de ver en el arrendamiento hereditario. El arrendatario del fundo del Estado debía tener las mismas garantías que el colono hereditario; de otra suerte no se edificaría. Era preciso concederle, como al colono, un derecho que no pueda serle arrebatado, teniendo á su disposición el petitorio y el posesorio; en suma, un *jus in re*, transmisible. De este modo se hacía independiente sin necesidad de intentar el Estado acciones por él.

Todo esto, como se ve, respondía al interés de *ambas* partes, como en el arrendamiento hereditario.

El origen público de la superficie nos proporciona así una explicación muy clara del carácter particular de esta institución, que de otro modo no comprenderíamos en manera algu-

na. Más tarde la *superficies* fué transportada por entero á las tierras privadas, del propio modo que la enfiteusis. El paralelismo de las dos instituciones revélase, no sólo en su origen, sino también en su desenvolvimiento ulterior; sólo después de haberse habituado á la superficie en ese aspecto originario, esto es, como superficie total, se aplicó á la superficie parcial. Como por los motivos indicados antes no podía aplicarse el *interdictum uti possidetis*, fué preciso crear un interdicto posesorio particular: este interdicto fué el interdicto de *superficiebus*, con la palabra *frui* en lugar de *possidere*.

La jurisprudencia considera la relación posesoria como una *juris possessio*, con igual razón que el *usus fructus* de la mujer casada.

Para la teleología de la posesión derivada, la antítesis del arrendatario hereditario y del arrendatario temporal es tan instructiva, como las del colono hereditario y temporal y del sustituto y del representante; el influjo determinante que el fin de las partes ejerce aquí, no puede manifestarse de un modo más claro que cuando en una misma relación obligatoria hay, ya posesión, ya tenencia, según las circunstancias diferentes del mismo caso.

2.—El precarista.

La posesión del precarista es uno de los fenómenos que estimamos más sorprendentes de la teoría romana sobre la posesión. Los juristas romanos colocan su relación con la cosa en la misma línea que la del comodatario (*simile commodato:* L. 1, § 3, *de prec.*, 43, 26). Esto es ya demasiado, porque el comodato convenido por un tiempo determinado es jurídicamente obligatorio (L. 17, § 3, *comm.*, 13, 6), mientras que el precario concedido por un tiempo determinado no es obligatorio (L. 12, pr., *de prec.*). El comodato es una convención jurídica (*geritur negotium invicem:* L. 17, § 3, cit.); el precario, no (*magis ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat:* L. 14, *de prec.*). Y sin embargo, el comodatario no obtiene más que la tenencia, mientras que el precarista obtiene la posesión.

El contraste con el colono es aun más fuerte. El colono da

dinero para usar de la cosa; el precarista lo obtiene para nada. Si se le dijese á alguno que no sabe nada de su relación posesoria: uno de ellos tiene la posesión, el otro la tenencia, ¿quién no supondría que el colono es poseedor y el precarista tenedor?

La posesión del precarista es de todos modos inconciliable con la teoría del *animus domini*, porque el precarista no quiere ejercer su propiedad, sino el derecho de otro, y hasta no lo hace en virtud de un derecho contractual que le sea propio, sino en virtud de una complacencia, revocable siempre.

Savigny tampoco se encuentra muy apurado en este caso por encontrar el motivo: «El motivo (pág. 302), dice, por el cual la traslación de la posesión es aquí la regla, está en que esta traslación no causa ningún perjuicio al propietario (*rogatus*): su usucapión continúa, en efecto, por la *accessio possessionis*, y tiene un interdicto especial, *recuperandæ possessionis*, para recobrar la posesión enajenada.» Pero si eso es así, ¿por qué los romanos no han tratado de igual modo el arrendamiento, el comodato, etc.? Ese motivo no explica en modo alguno la situación particular del precarista.

Para acabar de hacer la cosa incomprensible, el derecho romano reconocía al lado de la posesión, como forma regular de la relación posesoria en el precario (1), la posibilidad de no atribuirle más que la simple tenencia (2): ¿por qué? Porque es de interés para el cedente conservar la posesión. Pero entonces, ¿cómo ha llegado el derecho á establecer la transmisión de la posesión al precarista como regla, es decir, como respondiendo al fin de la relación y á la intención presunta de las partes?

A este enigma que nos presenta la relación posesoria se añaden otros todavía. Es un principio universalmente conocido en derecho romano, que quien tiene un interés en un contrato responde de la *culpa levis*. Ahora bien: el precario, según la teoría de los juristas romanos, está constituído en interés exclu-

(1) La impresión que en este punto dejan las fuentes no es dudosa; véase, por ejemplo, la L. 4, § 1, *de prec.* (43, 26). Pablo, *S. R. V.* 6, § 11 12, siendo también esta opinión más extendida. Savigny, p. 302.

(2) L. 6, § 2, idem; L. 10, § 1, *h. t.*; L. 11, § 12, *quod vi* (43, 24).

sivo del precarista, y sin embargo, éste no responde más que del dolo y de la culpa lata. En todos los demás casos, la obligación de restituir una cosa dada provisionalmente, está sancionada por medio de una *actio in personam;* aquí lo está por medio de un interdicto: ¿por qué? Además este interdicto ha sido introducido para las cosas inmuebles (1), aplicándose sólo más tarde á las muebles: ¿no es esto extraño? ¿Es que los romanos han empezado por abandonar las cosas inmuebles en uso gratuito antes que las muebles?

Sabido es, sin embargo, que las concesiones gratuitas no respondían en general á sus gustos, por lo que parece inconcebible que hubieran sido tan frecuentes para los inmuebles, que el pretor llegara á verse forzado á establecer para ellas un interdicto particular.

La impresión que causan todos esos enigmas impone la necesidad de buscar una aplicación. Savigny ha creído encontrarla en el origen histórico de la institución, admitido por Nieburg, á saber, en la concesión hecha por el patrono á sus clientes de la explotación de parte del *ager publicus* que tenía en su posesión (2). En su concepto, «eso descifra todos aquellos enigmas» (pág. 464). Tal es también la opinión más admitida, y por mi parte no recuerdo que se haya ensayado por nadie la refutación de la tentativa de explicación dada por Savigny.

Lo que sigue demostrará que tal explicación es insostenible.

Parto yo también de la idea de que el precario ha sido originariamente la forma de la concesión de las tierras por el pa-

(1) Resulta eso del lugar que ocupa en el edicto, entre los interdictos relativos á los inmuebles, y á los cuales no se unieron sino después los relativos á los muebles. Es un orden este conservado por las *Pandectas* (D. 43, 16, 28 y 29, 33). Véase también la L. 4, § *de prec.: In rebus etiam mobilibus precarii rogatio consistit,* é Isidoro, *Orig.* V, 25 ... FUNDI.

(2) T. Mommsen, que antes admitía la opinión de Nieburg (*Röm. Forschungen,* t. 1.°, p. 380, y *Röm. Geschichte,* t. 1.°, 4.ª edic., p. 194), ha creído recientemente encontrar un segundo caso de precario en las relaciones de los poseedores del *ager publicus.* En mi concepto, esto es un error. El *ager publicus* se daba en arriendo público por los censores; ahora bien: el arrendamiento y el precario se excluyen. L. 10, § 1, *h. t.*

trono al cliente (1). Pero esta relación no era de naturaleza *jurídica*, según quiere y sostiene Savigny. Como la relación personal del patrono con el cliente, hallábase bajo la protección de los *usos*.

El cliente no podía personarse en justicia; el patrono lo hacía por él: no cabía, pues, una acción del patrono contra el cliente.

La idea de Savigny, de que el interdicto *de precario* había sido hecho para ese caso, olvida tres cosas. Primeramente, ese interdicto era *jurídicamente imposible* en la relación que existía entre esas personas. Además, aunque hubiera sido posible, era *prácticamente inútil*. El caso de un «cliente recalcitrante» (Savigny, pág. 464), no era de prever, como no lo era tampoco la rebelión de un esclavo ó de un hijo de familia; el patrono estaba siempre en situación de vencer la resistencia. Por último, el interdicto *de precario* no puede remontarse hasta la época antigua, porque la actividad creadora del pretor no comienza sino con la introducción del procedimiento formulario (2).

La relación del patrono con el cliente no era distinta de la del *paterfamilias* con sus hijos, y en el pasaje donde lo menciona *(Patres)*, Festo la cita al lado de este último con respecto á la concesión de tierras (3); el precario encontrábase jurídicamente al lado del *peculium*.

Síguese de esto que la relación no podía ser sino de tenencia, no la posesión. Con esto sólo queda demostrada la realidad práctica para la época más antigua de la *in possesione esse* del precarista; también aquí se ha verificado nuestro punto de vista, según el cual la tenencia tenía su base, no en la determinación de la voluntad del tenedor, sino en una circunstancia completamente independiente de su voluntad; es decir, en un *obstáculo á la posesión* (nuestro *—n)*: este obstáculo era en este caso

(1) He procurado sentar esta opinión, refiriéndola á la relación personal existente entre el patrono y el cliente. Véanse las explicaciones que he dado en mi *Esp. del D. R.*, I, págs. 236 y sigs.

(2) Véase mi obra citada, II, p. 98; III, p. 649.

(3) *Agrorum partes (tenioribus adtribuebant) perinde ac* LIBERIS.

el mismo que para el hijo de familia: la relación de dependencia personal.

A su tiempo he tratado de sentar la opinión de que el aspecto originario de la tenencia ha consistido en la coposesión real *al lado* del señor de la posesión. He querido descubrir la extensión gramatical de esta idea en las palabras: *in possessione esse*. Esta relación era también exacta para el cliente *(Cliens*, de κλύειν, pertenecer). Vivía á la manera de los vasallos ó siervos sometidos á la gleba de la Edad Media, en la tierra del señor que les cedía una parte (1) para explotarla. El cliente llevaba á pastar su ganado *(peculium*, de *pecus)* á los pastos del patrono (2). Los servicios que se le imponían constituían el equivalente del beneficio que se le concedía. Según Nieburg, á quien todos los autores han seguido, el patrono le había concedido tan sólo una parte del *ager publicus* que tenía en su posesión. No ha presentado ninguna prueba de esto, ni se ve ninguna.

De lo que precede resulta que la opinión de Savigny sobre la organización del precario en la época primitiva es insostenible.

Lo que piensa acerca del desenvolvimiento ulterior del precario, no es menos erróneo. «Sin embargo, dice (pág. 465), el *precarium*, inútil al fin, hubiera quizá desaparecido por completo si *accidentalmente* no hubiera alcanzado importancia desde el punto de vista de otra relación jurídica (refiérese al *mancipatio fiduciaria)*. En el derecho de Justiniano, este género de aplicación ha desaparecido también.»

Debo hacer á tal propósito las observaciones siguientes: en primer lugar, en la época clásica la utilidad práctica del *precarium* no se restringía al caso que Savigny dice; había otra porción de casos de aplicación, sobre todo en materia de prenda, haciéndose de él un uso cuotidiano (3). Además, el aserto de que el precario hubiera acaso desaparecido de no haber encontrado accidentalmente una prolongación vital en la

(1) V. el texto citado de Fest; PARTES *agrorum*.

(2) V. las pruebas en mi *Ob. cit.*, p. 242, nota 1.ª

(3) Ulpiano, L. 6. § 4, *de prec.* (43, 26) ... COTTIDIE *enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt.*

relación jurídica indicada, trastorna por completo la sucesión histórica de los hechos. Aun cuando el precario no hubiera existido, hubiera sido preciso crearlo en las relaciones en que lo encontramos en el derecho nuevo. Puede prescindirse por completo de su aplicación originaria, sin que eso dañe en modo alguno la interpretación de su existencia exterior. Y queda, por fin, el aserto de que el precario perdió toda aplicación en el derecho de Justiniano. ¿Cómo explicar entonces que los compiladores le hayan consagrado todo un título del Digesto? (1). Todos los casos que allí se mencionan eran tan prácticos con relación á la época de Justiniano como con relación á la época de los juristas clásicos.

La consideración histórica que, según la promesa de Savigny, debía resolver el enigma del *precarium*, no hace más que provocar otra. Pretende aquélla hacernos creer que una institución calculada para las relaciones de la época primitiva, se ha mantenido durante siglos por la sola fuerza de la inercia. Ni uno solo de los numerosos pretores que todos los años proponían de nuevo el *interdictum de precario*, que se pretende tomado de la época primitiva, y el mismo Juliano, en la redacción del *Edictum perpetuum*, hubieran concebido la idea de hacer de él un examen crítico desde el punto de vista del presente, de dejarlo si es que resultaba ya inútil; mucho más si se tiene en cuenta que el comodato, que poco hacía tenía una acción, les habría proporcionado una ocasión para ello, ó cuando menos, de reorganizarle según convenía.

Hay, cuando menos, tres puntos que suscitan sorpresa.

El primero.—La jurisprudencia había desenvuelto en el intervalo la teoría de la culpa, estableciendo el principio de que el que tiene un interés en el contrato, responde de la *culpa levis;* en su virtud, había declarado al comodatario responsable de *culpa levis.* A pesar de eso, el pretor, en el interdicto, restringía la responsabilidad del precarista al *dolus*; la extensión de esta responsabilidad á la *culpa lata*, fué obra de la jurispru-

(1) El título muy importante—*de Publiciana in rem actione* (VI, 2), no contiene más que 17 pasajes; éste 22. El título reprodúcese hasta en las Basilicas (58, 24).

dencia. ¿Por qué obró así el pretor? ¿Unicamente porque en la época primitiva el interdicto no mencionaba más que el *dolus?*

Segundo punto.—El comodatario puede reclamar el reembolso de sus gastos necesarios; el precarista, no. ¿Por qué? ¿Únicamente por el motivo histórico de que el cliente no podía tener un crédito contra el patrono?

Tercer punto.—El comodatario *tiene;* el precarista *posee.* Admitiendo que hubiese tenido la posesión en la época primitiva, y acabamos de establecer lo contrario, ¿por qué no se le coloca, en este respecto, en la misma situación que el comodatario?

Creo haber demostrado suficientemente que la vía histórica, por la cual se aventura Savigny, no conduce al fin. Intentemos á ver si lo logramos, siguiendo por la vía *práctica.*

Hay tres puntos que piden explicación: la *posesión* del precarista; la restricción de su responsabilidad al *dolus* en el interdicto; la exclusión de su derecho á las *impensas* ó gastos. La clave de la explicación se halla en la *función práctica* del precario para la vida romana, de la cual hemos de dar una idea. A este propósito distingo dos funciones: la función *contractual* y la función *liberal.* Los juristas romanos no conocen esta distinción; no mencionan más que la función liberal (1), y creo poder demostrar cómo han llegado á establecerla. Se verá por lo siguiente que, de hecho, es imposible no admitir también la otra función.

A) *Función contractual del precario.*

Nuestras fuentes citan dos casos en que el precario se presentaba unido á un acto jurídico concluído entre dos partes, es decir, en su función contractual. Uno de estos actos era la *dación en prenda*; el otro, la *transmisión de la propiedad.*

La *dación en prenda.*—Sabido es que el derecho romano conocía dos formas de ella: la forma *fiduciaria,* que no era aplicable más que á las *res mancipi,* y en la cual el deudor transfería la propiedad por *mancipatio* ó *in jure cessio,* reservándose el

(1) LIBERALITAS: L. 1, § 1; L 2, § 2; L. 8, § 3; BENEFICIUM: L. 14; Analogía con la donación y el comodato: L. 1, § 2, D. *de prec.* (43 26).

rescate durante cierto tiempo determinado por medio de una convención accesoria *(fiducia)*, originariamente desprovista de acción, pero revestida más tarde de ella; y la *forma hipotecaria*, en el sentido actual de la palabra, por medio del *pignus* ó de la *hypotheca*.

Tratándose de bienes inmuebles, el acreedor podía dejar sin peligro, provisionalmente, la posesión al deudor; pero no dejaba de ofrecer importancia para su posición jurídica la manera como lo hacía. Si no había hecho ninguna reserva, no podía procurarse la posesión más que por medio de la *in rem actio* y por la *fiducia*; había además en este caso la particularidad de la *usureceptio lucrativa* (Gayo, II, 60), es decir, de la prescripción extintiva adquirida por el transcurso de un año. Ocurría el acreedor á estos dos inconvenientes arrendando el fundo al deudor ó dándoselo en precario. Se recomendaba el primer medio cuando se había prestado el capital por muchos años y se había convenido el pago de intereses periódicos; la renta ocupaba aquí el lugar de los intereses del capital. Cuando el préstamo se había hecho por un tiempo más corto, y el capital y los intereses no debían pagarse hasta el día del vencimiento, se recurría al *precario*. En ambos casos el acreedor se hallaba en situación de poder procurarse inmediatamente la posesión el día del vencimiento. Tenía, como poseedor respecto del tenedor, en el primer caso, y como *possessor justus* frente al *possessor injustus*, en el segundo, la facultad de recobrar la cosa por su propia autoridad, y si encontraba resistencia, tenía, allí el interdicto *uti possidetis*, aquí el interdicto *de precario*. La *usureceptio* estaba excluída en los dos casos por la cualificación particular de la posesión.

Aun en el caso de la garantía hipotecaria, en que no existía el riesgo de la *usureceptio*, el *precario* era ventajoso en extremo para recuperar inmediatamente la posesión. En la *actio hypothecaria*, el acreedor debía suministrar la prueba, sujeta en ciertas circunstancias á grandes demoras, de su derecho hipotecario; en el interdicto *de precario* no tenía que practicar más que la prueba facilísima del *precarium*. En cuanto al *pignus*, sucedía exactamente lo mismo cuando el deudor había conservado su posesión.

Esta aplicación del *precarium* al derecho de prenda explica las cuatro particularidades siguientes:

Ante todo, la regla de que no es necesaria la posesión por parte del que concede la cosa (1). Esta regla parece hecha expresamente para el caso presente. Si hubiera sido necesaria la posesión por parte del concedente, hubiera debido ser transferida del deudor al acreedor, para ser transferida nuevamente del acreedor al deudor, lo que hubiera ocasionado largas demoras y grandes dificultades en cuanto á los fundos lejanos. La regla enunciada permitía evitarlas. La garantía fiduciaria é hipotecaria de los fundos con concesión de precario podía constituirse hasta en ausencia de las partes. Así, pues, con pleno conocimiento de causa, dirigió el pretor el interdicto, no hacia la transmisión de la propiedad, sino hacia *quod precario ab illo* HABES; tal era la traducción, en el procedimiento, de la regla mencionada.

Si los juristas romanos hubiesen participado de la idea moderna, refutada más arriba, de la aplicación ilimitada del *constitutum possessorium*, Juliano, en vez de decir en el texto, reproducido en la nota, que se puede dar la posesión *precaria* sin tenerla uno mismo, hubiera podido, invocando el punto de vista indicado, admitir la existencia de la posesión por parte del concedente.

Luego, la regla de que el deudor propietario de la prenda conserva la *posesión*. La circunstancia de que el precario en su forma originaria, en el cliente, no daba más que la tenencia, excluye la explicación de esta regla por la vía histórica, y no deja lugar á duda sobre la intención manifiesta con que se ha reemplazado la tenencia por la posesión. Además, ¿qué otra forma hubiera podido adoptarse? Admitiendo que no se hubiese querido dar al deudor más que la tenencia, en caso de interrupción ó pérdida de la posesión, el acreedor hubiera debido intentar los interdictos posesorios en su lugar. Viviendo

(1) Juliano, L. 18, id. *Unusquisque potest rem suam*, QUAMVIS NON POSSIDEAT, *precario dare ei, qui possideat*. Sólo de esto resulta ya el error de la opinión de Savigny, que designa el interdicto *de precario* como un interdicto RECUPERAN-DE *possessionis*. Véase una refutación más detallada, en mi trabajo sobre *El fundamento de la protección posesoria*.

las dos partes en un mismo sitio, esto no presentaba gran dificultad; pero no sucedía lo mismo cuando el prestamista vivía en Roma y el prestatario en un municipio lejano, por ejemplo, en la Italia septentrional ó meridional. En este caso, el deudor hubiera necesitado ir primero á Roma á reclamar el socorro del acreedor, mientras que, pudiendo obrar como poseedor, la tenía á su alcance. La independencia de la posesión del deudor se hallaba reclamada aquí por el interés del acreedor lo mismo que tratándose del enfiteuta, mientras que él mismo, bajo el aspecto posesorio, se hallaba suficientemente garantido por el interdicto *de precario*.

¿A qué, pues, apartarse de lo que convenía al interés bien entendido de ambas partes y de lo exigido por la idea popular y natural que veía en el otorgante de la garantía al poseedor y al propietario?

En tercer lugar, la restricción de la responsabilidad del deudor al *dolus* en el interdicto *(aut dolo malo fecesti, ut desineres habere)*. El acreedor á quien se da la prenda tiene su propia cosa en su mano, en el sentido rigurosamente jurídico, por la dación en prenda, y en el sentido económico, por la garantía fiduciaria. Constituye esto, para él, el aguijón más poderoso de la *diligentia:* corta en su propia carne, cuando deja inculto el fundo ó permite que se arruine la cosa (1).

Ciertamente, perjudica también, en este caso, al acreedor; y si los romanos, en el establecimiento de sus reglas de derecho, se hubieren dejado guiar por posibilidades abstractas, y por el deseo de hacer categorías completas, puestas al abrigo de toda crítica, por ideas doctrinales, en una palabra, el pretor hubiera debido hacer al deudor responsable de su *culpa levis*, porque también el acreedor puede sufrir con ella. No lo ha hecho; no ha establecido siquiera la responsabilidad por la *culpa lata*, sino únicamente por el *dolus*, y aun restringiéndola á la condición de *dolo desinere habere*. ¿Por qué? No había necesidad de prever que alguien hubiese deteriorado sus propios bienes para perjudicar indirectamente á otro. El único riesgo que en la

---

(1) Se puede aplicar aquí lo que dice la L 1, § 23, *de coll*, (37, 6): ***hic et sibi insidiatus est.***

práctica corría el acreedor consistía en la enajenación, pues dañaba únicamente al acreedor, constituyendo una ventaja para el deudor. Cuando en la L. 8, § 3, *de prec.*, Ulpiano extiende la responsabilidad á la *culpa lata*, los términos en que lo hace: *culpam tamen dolo proximam contineri* QUIS MERITO DIXERIT, prueban que expresaba, no una regla fijada en la práctica, sino una opinión individual, y el estado de las cosas en materia de prenda, tal como acabamos de exponerlo, porque la responsabilidad en cuanto á la *culpa lata* no había surgido en la práctica. Aun en materia de garantía hipotecaria, no se la menciona en ninguna parte en nuestras fuentes. Se objetará que es porque no hay aquí relación obligatoria entre las dos partes; pero esto no es más que una simple apariencia. Si los romanos hubiesen juzgado necesario en la práctica que el deudor hipotecario respondiera hacia el acreedor, hasta de la *culpa*, no hubieran dejado de establecerlo como regla y los juristas hubieran partido de aquí para declarar obligatoria la relación.

La inadmisión de una relación obligatoria por parte de la teoría significa únicamente que el derecho no ha juzgado *necesario* establecer del lado del deudor propietario de la prenda, una responsabilidad por la *culpa*.

En cuarto lugar, la exclusión del derecho al reembolso de las *impensas* hechas por el precarista. En todas las otras relaciones, nuestras fuentes no olvidan nunca hacer mención de este derecho, por ejemplo, hasta en el comodato (L. 18, § 2, *Comm.*, 13-6); sólo lo omiten para el *precario*. ¿Es por casualidad? No lo creo; veo más bien en ello la denegación tácita de este derecho (1). ¿Cuál puede ser la razón? No puede ser la circunstancia de que el precario no era una relación de obligación, pues en la *rei vindicatio* se concede este derecho hasta al poseedor; tampoco puede ser el pretendido hecho de que el *precarium* databa de una época en la cual el derecho no admitía todavía las pretensiones reconvencionales del demandado, pues las reconocía ya para la dote en la época más antigua (2). Aunque admi-

---

(1) Véase también Windscheid, *Lehrbuch*, II, § 376, nota 7.

(2) *Esp. del D. R.*, IV, p. 66 y siguientes. Resulta así de la regla: *Impensae necessariae dotem* IPSO JURE *minuunt*.

tamos que en la época de la primera introducción del interdicto no hubieran sabido elevarse todavía á la idea de una reconvención del demandado, no se advierte; porque, una vez introducida en todas las otras relaciones, no la acogieron también para el *precarium*, con las modificaciones necesarias en el interdicto. No era este un fragmento estereotipado, invariable, del poseedor; se le proponía de nuevo todos los años, y podía, por lo tanto, acomodarse á todas las necesidades del presente.

En cuanto á la prenda, la razón es de toda evidencia. El acreedor con prenda hace los gastos sobre su *propia* cosa (sabido es en qué sentido se toma aquí esta palabra); á ella la mueve su propio interés, y las impensas no aprovechan al deudor más que bajo forma de acción refleja. De aquí la exclusión de su derecho de reembolso y su irresponsabilidad por la *culpa*; una y otra son consecuencias de un solo y mismo punto de vista: su *independencia económica.*

Hasta aquí no hemos encontrado ninguna regla *de precarium* que no se aplique á la prenda. Hay, sin embargo, dos reglas que no le son aplicables: una es que el *precarium* contiene una *liberalidad;* otra, que puede ser revocado en todo tiempo por el que le concedió.

Ocupémonos de la primera regla; refiriéndonos, respecto de la segunda, á nuestra segunda relación, donde demostraremos su falta de fundamento.

Hay liberalidad, cuando, sin hallarse obligado á ella al perfeccionarse el contrato, el acreedor concede voluntariamente al deudor la posesión de la prenda. Si se ha hecho una convención á este efecto, no puede tratarse de liberalidad; la cláusula accesoria sobre la posesión forma entonces parte del contrato principal.

El acreedor que deja al deudor la posesión, no le hace un favor, no le presta un servicio: ejecuta simplemente la obligación que ha contraído. ¿Cómo han llegado los juristas romanos á caracterizar el *precarium* como servicio de una manera absoluta, sin dejar lugar para la desviación que pueda causar la voluntad de las partes en el contrato de prenda? No hallo otro motivo que el motivo histórico que expongo á continuación.

La garantía fiduciaria, en la cual, según todas las probabilidades, se ha manifestado por primera vez el *precarium* moderno, originariamente no confería derecho alguno al deudor. El contrato por el cual se reservaba el rescate, era una parte incompatible con el acto principal, *mancipatio* ó *in jure cessio*, y como tal, no podía ocupar un lugar en la fórmula (1). Era una cláusula accesoria, sin fuerza obligatoria, garantida únicamente por la *fides (fiducia)*.

Ahora bien: con la posesión pasaba exactamente lo mismo que con la reserva del derecho de rescate; jurídicamente hablando, no había en este caso sino obligación, y cuando el acreedor permitía de hecho al deudor rescatar y poseer, lo hacía, jurídicamente hablando, porque quería.

En este sentido es como se puede decir que el *precarium*, *convenido* entre las partes, constituye, como el *precarium libre*, una *liberalidad*.

Puede comprenderse que la jurisprudencia antigua de Roma haya establecido este punto de vista; pero ¿cómo ha podido mantenerlo la jurisprudencia del derecho nuevo? En el intervalo, el contrato fiduciario había sido provisto de una acción *(actio fiduciæ)* y se había reconocido por este medio la fuerza obligatoria de la convención sin formas. La lógica hubiera exigido reconocerla igualmente para el *precarium*, y, bajo el aspecto práctico, es lo que realmente sucedió: el principio de la revocabilidad voluntaria quedó en desuso, en la jurisprudencia nueva, para el *precarium* contractual (véase más abajo). Pero la *teoría* continuó atenida á la noción tradicional de la *liberalitas*. Lo por ella abandonado nosotros podemos repararlo; la noción de *liberalitas* no reviste la menor exactitud en cuanto al *precarium* convenido con ocasión de una relación contractual; no contiene, en realidad, ningún servicio, sino únicamente la ejecución de una *obligación* asumida por contrato.

La segunda relación en la cual aparece el *precarium* en nuestras fuentes bajo su forma contractual, es el *contrato de venta*, ó, para hablar con más propiedad, dos cláusulas acceso-

---

(1) *Espíritu de D. R.*, III, 530.

rias de este contrato: la *lex commissoria* y la *addictio in diem* (1). Cuando, para su seguridad, el vendedor al fiado quiere reservarse la propiedad, tiene para ello en el derecho actual lo que se llama el *pactum reservati dominii*.

La forma romana era el *precarium*. Dar la cosa en simple *precarium* era declarar que no se realizaba la tradición para trasferir la *propiedad*, sino únicamente para transferir la *posesión;* el precarista reconocía de este modo que el *tradens* continuaba siendo propietario.

En este respecto sólo hay *liberalitas* en el contrato de prenda. El vendedor no le hace un favor al comprador cuando le entrega la cosa antes del pago; éste ha sido convenido por contrato, y el comprador tiene, pues, derecho á la posesión. Precisamente por esto no puede privársele de la posesión hasta el advenimiento de la circunstancia que confiere al vendedor el derecho de reclamar de nuevo la cosa. Así lo reconocía expresamente Ulpiano, en la L. 20, *de prec.* (43-26):

> *Ea, quæ distracta sunt, ut precario penes emtorem essent, quoad pretium universum persolveretur*, SI PER EMTOREM STETIT, QUOMINUS PERSOLVERETUR, *venditorem posse consequi.*

Antes del cumplimiento del término no puede, pues, el vendedor intentar con buen éxito el interdicto *de precario*. Ignoramos qué sanción jurídica se había impuesto á esta prohibición, si una pena convencional ó plazos concedidos por el juez (2).

---

(1) Véase, respecto de la primera: L. 20, *de prec.* (43-26); L. 3, Cód. *de pact. int. emt.* (4 54); en cuanto á la segunda: L. 11, § 12, *quod vi* (43 24). Las L. 13, § 21, *de act. emt.* (19 1); L. 38, *p. Damn. inf.* (39 2), hállanse concebidas en términos generales.

(2) En cuanto el precario en materia de prenda, se ha establecido expresamente que se extingue por el pago; L. 11, *id.: ... pecunia soluta* PRECARIUM *solvitur*, es decir, no cabe el interdicto. Era indiferente que el pago no se hiciese más que en el curso del proceso (Gayo, IV, 114), aun según la opinión rigurosa de los proculeyanos, porque el *precarium* pertenecía al *jus gentium*: L. 1, § 1, *id.* Lo mismo exactamente debe de haber pasado en la *lex commisoria* y la *addictio in diem*, cuando había faltado la condición resolutoria hasta la espiración del término fijado; el juez, que había esperado

La pretendida revocabilidad voluntaria del *precarium* no resultaba, según esto, fundada en este caso; era absolutamente incompatible con el fin del contrato y hubiera hecho imposibles las relaciones. Pues bien: lo que es cierto en este caso, debe haberlo sido igualmente en Roma para el caso de la dación en prenda.

Es imposible admitir que el *propietario* anterior, al cual había dejado el acreedor convencionalmente la posesión hasta el día del vencimiento, y á quien debía volver esta posesión con el pago, fuese tratado más desfavorablemente que el *comprador*, cuya propiedad se hallaba todavía en suspenso por algún tiempo.

Pero ¿cómo llegaron los romanos á apelar al *precarium* para efectuar este abandono contractual de la posesión? ¿Por qué no hacer simplemente este abandono por contrato?

Hallo explicado esto por la circunstancia de que los romanos ignoraban completamente la idea de una transmisión de posesión *abstracta*, tal como se la ha figurado la teoría subjetiva. Posesión, tenencia, propiedad, se referían, conforme á su concepto, á ciertos actos jurídicos concretos, á ciertas *causæ*. Una de las *causæ possessionis* era el *precarium*. Abrigo fundadas sospechas de que con la idea de complacencia que implicaba, según ellos, la etimología de la palabra *precarium (quod preces adhibuit*: L. 2, § 3, íd.), los juristas romanos del derecho nuevo introdujeron en la noción del precario un elemento que le era enteramente extraño, según las ideas de la jurisprudencia antigua. Puedo figurarme que esta última atendía, no á la antítesis de la posesión *incierta* y la posesión *cierta*, sino á la de la posesión *transitoria* (pero, por lo demás, asegurada) con la posesión *definitiva*; es decir, con la posesión de propiedad ó *ad usucapionem*. Es la única manera de explicar que, en materia de prenda, donde, sin embargo, era incontestable el derecho del que la consti-

---

á decidir hasta este momento, descargaba entonces al demandado de la manera que se lo permitía la fórmula *quod* HABES del interdicto; los principios rigurosos de la *intentio juris civilis* no encontraban ciertamente aplicación en este caso; no se trataba, realmente, como en la *rei vindicatio*, de la existencia de la posesión en el momento de intentar la *actione*, sino en el momento de la *sentencia*.

tuía, á una posesión *asegurada*, se recurriera al *precarium*. En todo caso no ofrece duda, según todo lo que precede, que el dogma actual de la revocabilidad del *precarium* es inexacto; es preciso restringirlo al precario *liberal*; no tiene ninguna aplicación al precario *contractual*.

La posición del comprador á quien el vendedor ha entregado la cosa con reserva de la propiedad, es la misma que la del deudor al cual el acreedor con prenda ha dejado la posesión de ésta. El *precarium* está considerado como un estado transitorio, al cual seguirá más tarde, como estado definitivo, según la intención de las partes, la adquisición ó la renuncia de la propiedad (liberación del *nexus*).

Todo lo dicho más arriba acerca de la posición jurídica del que ha constituído la prenda, se aplica igualmente al comprador, con la sola excepción de la *primera* de las cuatro reglas formuladas que no tiene aplicación alguna aquí. La *segunda:* restricción de la responsabilidad al caso del *dolo desinere possidere,* descansa aquí sobre la misma consideración; el comprador no debía ser obligado á la *diligentia* para su propia cosa. Lo mismo pasa con la *tercera:* exclusión del derecho al reembolso de las *impensas*; el comprador las hace en su propio interés. Si conserva la cosa, recaen en su provecho; si vuelve al vendedor, debe imputarse á sí mismo el haberlas hecho; hubiera debido esperar á que se decidiera la cuestión ó asegurarse bien del consentimiento del vendedor. La *cuarta:* la posesión, resulta forzosamente de la posición de propietario atribuída al comprador.

A estos dos casos de la función contractual del *precarium*, contenidos en las fuentes, se añadía, en mi opinión, por lo menos en Roma, un tercero. Cierto es que las fuentes no lo reconocieron; pero no puede ser objeto de la menor duda cuando se imagina la vida romana, pues era prácticamente inevitable. Era el empleo del *precarium* con el objeto de representar al poseedor ausente.

Partía un romano para la guerra, ó se veía obligado á emprender un largo viaje: no por esto se interrumpía la explotación de su fundo; dejaba tras sí en la hacienda á sus hijos y á sus esclavos, y todo seguía su curso habitual. Pero bajo el as-

pecto jurídico había allí un vacío que colmar; no existía, en el intervalo, representante del fundo, y los terceros, que quizá no habían esperado más que una ocasión favorable, podían aprovecharse de esta circunstancia. El vecino se ponía á ejecutar el edificio que proyectaba hacía mucho tiempo; el individuo que apetecía la propiedad ejecutaba la *dejectio* que tenía preparada. Había un estado de ausencia práctica de derecho, pues no había nadie para reclamar la protección de las leyes. Reducir al propietario á hacer valer su derecho después de su vuelta, era darle un menguado consuelo; mientras tanto, su familia había sido desposeída de su hacienda, percibía otro los frutos y la *operis novi nunciatio* no podía darse después del regreso; debía intentarse inmediatamente, pues si no, caducaba (1).

¿Qué hacer en esta situación?

La representación era desconocida en el antiguo derecho; el medio que más tarde abrió el derecho nuevo, de nombrar de antemano un representante para todos los negocios que se presentaran durante la ausencia, no era conocido todavía en esta época. Pero la época antigua tenía el genio de la invención. La persona que se había elegido como representante estaba provista del derecho necesario ó establecida como *portador del derecho*, según la expresión que he empleado en otra parte (2). Para darle la cualidad necesaria para las contestaciones ó los actos eventuales, por ejemplo, la *operis novi nunciatio*, que tenían por condición la *propiedad*, ésta le era transferida *fiduciæ causa* (3).

---

(1) Fué este uno de los defectos de este medio de derecho que determinaron al pretor á establecer el interdicto *quod vi aut clam*. Ofrecía la ventaja de dar igualmente protección contra la *opus* emprendida durante la ausencia del interesado (*clam*). El segundo defecto era, que constituyendo la *operis n. n.* el primer paso de la *actio confessoria* ó *negatoria*, no podia ser entablada más que por el propietario. El pretor extendió su medio de protección al *poseedor*; y esto en la más amplia acepción de la palabra. Un tercer defecto era que la *Op. n. n.* no daba protección más que á los *edificios*; el pretor extendió su medio á toda *opus in solo factum*. Su interdicto no era más que el complemento de la *op. n. n.*; los dos estaban basados en la misma idea: protestar contra un *opus* con el efecto de obligar al adversario á restablecer los lugares en su estado anterior, *á su costa* (*restituas*: L. 20, pr., *de Op. n. n.*, 39 1). La *actio confessoria* y la *actio negatoria*, como *in rem actiones*, no podían tender á este fin.

(2) *Espíritu del D. R.*, IV, p. 223 253.

(3) En este sentido dice Gayo, II, 60, que el fin de la *fiducia cum amico contracta*, era: *quo* TUTIUS *nostræ res apud eum sint*. Se ha sostenido que, no hallán-

Para habilitarlo á fin de perseguir los derechos contractuales, se le hacía intervenir en la conclusión del contrato como acreedor correal (*adstipulator*); para darle los poderes de nuestros actuales ejecutores testamentarios, se le instituía heredero (1).

El medio indicado no ofrecía dificultad respecto de los fundos ó las cosas muebles, cuya propiedad se podía prever de antemano que sería disputada, por ejemplo, por los esclavos, objeto de una *vindicatio in libertatem* inminente. Pero era imposible mancipar *fiduciae causa* todas las cosas muebles contenidas en un patrimonio, sin contar que la fiducia era imposible respecto de las *res nec mancipi*. Se proveyó á este inconveniente por la *lex Hostilia* (pr., J., *de iis per quos*, 4-10), que permitió á las personas encargadas de los intereses del ausente intentar por él la *actio furti*, en el caso de sustracción, al cual se equiparaba, como *furtum nec manifestum*, la evicción violenta de la cosa.

El *precarium*, á mi juicio, servía para la *posesión*, con el mismo fin que la transmisión de la propiedad *fiduciæ causa* para la *propiedad*.

El precarista debía desempeñar el mismo papel en la posesión que el fiduciario en la propiedad; era un *representante*

---

dose todavía el depósito provisto de acción en la época antigua, el que quería asegurar una cosa contra los riesgos exteriores, por ejemplo, durante su ausencia ó en previsión de un incendio, no se limitaba á depositarla simplemente en manos de otro (*depositum*), sino que transportaba su propiedad por *mancipatio* (*fiducia*). Pero la *fiducia* no se hallaba tampoco provista de acción, y la transferencia de la propiedad le hubiera concedido al tercero mucho más de lo preciso para la simple conservación de la cosa; le hubiera permitido transferir la propiedad á otro, sin contar que, en caso de incendio, inundación, etc., era imposible proceder á una *mancipatio* para cada una de las cosas que había que guardar; esta operación no estaba indicada más que en los casos en que el fin perseguido exigía que el tercero tuviese la propiedad.

La palabra *tutius*, empleada por Gayo, se refiere á la seguridad de la *propiedad*, y no á la de la *cosa*. Tal era el caso en que se procuraba una garantía contra las confiscaciones que llevaban consigo la proscripción durante las guerras civiles. El que huía para librarse de ellas, comenzaba por hacer una venta aparente de sus inmuebles á uno de sus amigos: *fiducia cum amico, quo tutius apud eum essent*. Su propiedad se encontraba así asegurada (*tutius*), no contra los riesgos de incendio, contra la sustracción, sino contra los riesgos jurídicos, contra los litigios sobre la propiedad que pudiesen surgir durante su ausencia; el fiduciario le daba todas las garantías en este respecto.

(1) *Espíritu del D. R.*, IV, p. 247.

fiduciario, un portador del derecho. A las palabras: *Quo tutius res nostræ essent*, de Gayo, en la nota antepenúltima, corresponden las palabras: CUSTODIAM ET AFECTURUS *tradidit* de la L. 38, p. *Dam. inf.* (39-2). No se trataba, entiéndase bien, de dar al representante el goce de la cosa; los esclavos y los hijos la explotaban exactamente como antes, y el producto se vertía en la caja del dueño. Posesión y propiedad no eran, pues, aquí más que simples imágenes jurídicas, sin ningún contenido real, económico. Así se comprende que, según nuestras fuentes, el *precarium* pueda tener por objeto el simple *possidere* sin el *uti*; lo que, hecha abstracción del objeto de la representación aquí admitido, estaría desprovisto totalmente de sentido, pues la posesión, como tal, no tiene ningún valor económico.

Este tercer caso de la función contractual del *precarium* presenta un interés particular; hace comprender perfectamente una regla de la teoría del precario que no se aplicaba á los dos casos examinados arriba: la *revocabilidad voluntaria.*

El *precarium* de procuración era revocable en todo tiempo, como el mandato; es una consecuencia necesaria del fin de la representación.

No será necesario demostrar que los otros rasgos característicos del *precarium*, á excepción de la *liberalitas*, que no se aplica en este caso, como tampoco en los otros dos, responden plenamente á la relación.

La *posesión* del precarista se halla necesariamente exigida por el fin de la representación. El precarista estaba precisamente colocado para proteger la posesión del ausente, y no podía hacerlo más que constituyéndolo á él mismo en poseedor. Como tal, tenía los interdictos posesorios contra los terceros, pero no contra el mandante, por de contado, puesto que no era más que un simple representante.

L. 17, *de prec.: Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus* OMNES PRÆTER *eum, quem rogavit, uti potest.*

Se comprende también la restricción de la responsabilidad al *dolus*. No podía tratarse aquí de una *culpa* respecto al fun-

do, cuya explotación no concernía en modo alguno al mandatario; la única violencia de sus deberes de que podía hacerse culpable, consistía en el descuido para obrar en justicia por el mandante, y esta negligencia se hallaba comprendida en el *dolus*, como abuso de confianza, como acto de colusión con los terceros.

En la *adstipulatio*, la responsabilidad del hombre de confianza había sido igualmente restringida al *dolus* por el segundo capítulo de la *lex Aquilia*.

No quedaba lugar, en la relación, para un derecho de restitución de los gastos. El portador del derecho no se encontraba nunca en posición de hacerlos; correspondía esto á los hijos y á los esclavos, encargados de la explotación económica del fundo, mientras que el precarista, como simple fiduciario de la posesión, estaba exclusivamente encargado de la representación jurídica del propietario.

Tenemos aquí una nueva ocasión de convencernos del carácter insostenible del punto de vista de la *liberalitas*. Lejos de prestar en este caso el propietario un servicio al precarista, era éste quien se lo prestaba á él. El precarista no obtenía la menor ventaja; quizá su posición no le valía más que trabajo y molestias.

Si se quisiera aplicar á esta relación la frase de Ulpiano: *quod preces adhibuit*, no sería exacta más que para el propietario, pues él era quien en su propio interés había pedido al otro que aceptara el papel de precarista.

La circunstancia de que las fuentes no hacen la menor mención de este tercer caso de aplicación de la función contractual del precario, suministrará quizás un argumento contra mi opinión. Suplicaré solamente á los que me lo dirijan, que me digan lo que hubieran hecho ellos si hubiesen vivido en Roma en la época remota en que era todavía desconocida la representación en justicia. En vano hubieran buscado otro medio de garantir sus intereses durante su ausencia. El precario era tan á propósito para esto, que si los romanos no le hubieran conocido ya en la época antigua, hubieran debido inventarlo expresamente para este uso. Si las fuentes no mencionan esta aplicación, se explica suficientemente por la circunstancia de que

resultó inútil desde la introducción de la representación en justicia.

Creo que las explicaciones que preceden habrán puesto fuera de duda la función contractual del precario en tres aplicaciones: en materia de prenda, de venta y de representación; y el lector puede ahora decidir por sí mismo qué debe pensarse de la afirmación de Paulo, en la L. 14, *de prec.*: *magis enim ad donationes et beneficii causam quam ad* NEGOTII CONVENTI *spectat precarium.* Por mi parte, creo que es simplemente un error, como tantas otras opiniones de Paulo que hemos encontrado en el curso de esta obra. El que no quiera abandonar su confianza en la autoridad de Paulo, deberá ver cómo puede mantener en pie, frente al derecho romano, esta falsa abstracción y tantas otras del mismo autor. Yo sigo al derecho romano, y no á Paulo.

B) *La función liberal del «precarium».*

Supone esta función que un romano abandona pasajeramente á otro el goce gratuito de un fundo ó de una casa, y que, en vez de elegir para esto la forma del comodato (1), que está á su disposición y que hace á la otra parte responsable de la *culpa levis,* adopta la forma del *precarium,* que no le obliga más que por causa del *dolus* y de la *culpa lata.* Es evidente que sólo las relaciones personales particulares pueden haber motivado esta reducción de la responsabilidad afecta al contrato. Creo haberlas descubierto en el terreno de la *familia romana.* Veo el caso de su principal aplicación en la ventaja concedida por el padre á su hijo emancipado, con el objeto de procurarle la situación patrimonial que el *peculium* aseguraba al *filiusfamilias.*

La condición de los hijos de familia en las clases elevadas en Roma era, sabido es, bien diferente de la que tienen hoy. La patria potestad, cuando no se disolvía por la emancipación, duraba hasta la muerte del padre de familia, y así podía suceder que personas de edad, que habían desempeñado ya los más altos cargos en el Estado, se hallasen todavía bajo la patria

(1) L 1, § 1, *Comm.* (13 6): *etiam habitationem commodari posse.*

potestad. Su dependencia económica y la conservación doméstica de los hijos en nuestros días, hubieran sido inconciliables con esa situación; el uso exigía que el padre procurase al hijo la independencia económica que convenía á su edad y á su posición social. El hijo de familia de un rango elevado tenía, para él solo, casa en Roma, casa de campo, instalaciones lujosas y numerosa servidumbre, todo con el capital necesario para subvenir, por medio de los intereses, á los gastos propios de su categoría. Era una parte del patrimonio paterno que el padre le abandonaba en vida; pero sólo en forma de peculio, y, por lo tanto, jurídicamente, revocable en todo tiempo; pero de hecho equivalente á un patrimonio propio (1). Lo mismo sucedía en el interior del país. El gran propietario territorial asignaba á su hijo, para que los explotara por sí mismo, uno ó varios de sus bienes rurales (2). Ni podía ser de otra manera para las otras clases menos afortunadas de la sociedad, en particular para las clases industriales. El hijo que quería ejercer una industria ó un comercio, recibía de su padre los recursos necesarios á este efecto; la *actio tributoria* nos ofrece una prueba de ello.

¿Qué sucedía cuando el padre emancipaba á su hijo? Podemos admitir, aun sin el apoyo de pruebas positivas, que la situación de hecho continuaría siendo la misma. Se contaba para este efecto con una doble forma jurídica: la de la merced *jurídica* en forma de donación, el anticipo de la legítima, como diríamos hoy, y la forma de la merced de puro *hecho*, en la cual la propiedad continuaba siendo del padre, y el hijo no obtenía, como antes, más que el simple disfrute, es decir, el *precarium*.

En la práctica, el precario confería al hijo emancipado la misma situación que el *peculium* al sometido á la patria potestad. Si se mostraba digno de la confianza que se le había dis-

---

(1) *Espíritu del D. R.*, II, p. 212, nota.

(2) Cicerón, que menciona este hecho en *Pro Rosc. Amer.*, c. 15 43 *(certis fundis patre vivo frui solitum esse)*, añade esta noticia importante: *quod* CONSUETUDINE *patres faciunt*, es decir, que la concesión de una parte del patrimonio paterno era de uso general. Festo, en el texto citado arriba, menciona igualmente esta costumbre.

pensado, si administraba como era debido, si se conducía con su padre de un modo conveniente, conservaba lo que tenía; si no sostenía su reputación, si se apartaba del camino derecho, si no tenía para su padre los miramientos y el respeto que le debía, si le rehusaba la obediencia, lo perdía todo. Para el hijo respetuoso, obediente, de buena conducta; para el buen hijo, en una palabra, esta dependencia nada tenía de molesta ni de inquietante; no era cadena pesada más que para el mal hijo. Pero esto era precisamente lo que se deseaba; el derecho de revocación le servía de freno y le colocaba bajo el poder del padre lo mismo que al *filiusfamilias;* era la garantía de su buena conducta. De este modo el *precarium* establecía para el hijo emancipado la misma posición que el *peculium* para el hijo de familia: independencia económica de hecho con dependencia jurídica.

Se pueden emplear indiferentemente las dos expresiones y decir que el *peculium* era el precario del hijo de familia, y el *precarium* el peculio del hijo emancipado.

Esta aplicación del precario no encuentra tampoco el menor apoyo en los textos, y aquellos cuyo pensamiento no va más lejos que las decisiones de los textos, se prevaldrán de esta razón para condenar mi opinión.

Pero también aquí preguntaré á mis críticos, como hace poco á propósito de la función procuratoria del precario: ¿qué hubieran hecho si hubieran vivido en Roma? Creo que no hubieran obrado de otro modo que como, en mi opinión, obraron los romanos.

A imitación del padre, podían otros parientes concebir la idea de dar de la misma manera una parte de su herencia futura á sus herederos abintestato. No son raras aun hoy semejantes cesiones revocables, mientras que las donaciones revocables á personas no parientes debían ser muy raras.

Desde el punto de vista de la forma pura, la revocación de la donación se encuentra, sin duda, en las mismas condiciones que la revocación de la venta; pero en la vida real tiene otro alcance muy diferente. La reserva de revocación en una donación entre vivos es tan contraria á la intención de dar, que, para comprenderla, hay que apelar á motivos particulares. No

encuentro tales motivos más que en la hipótesis, admitida arriba, de la cesión de una parte de la sucesión futura al heredero abintestato; hipótesis en la cual la relación personal que existe entre las partes excluye el carácter chocante que, sin esto, tendría una donación semejante, y en la cual la circunstancia de que el mismo donante puede caer más tarde en necesidad, ó de que el donatario puede mostrarse indigno de ella por su conducta, hace aparecer tal reserva como perfectamente justificada.

El derecho antiguo no conocía la donación revocable; dar y retener le parecía una *contradictio in adjecto;* la única forma que ofrecía para verificar un anticipo de herencia con reserva de revocación, era el *precarium.* El derecho nuevo permite alcanzar, además, este fin, mediante la *donatio mortis causa;* pero el precario conservó su utilidad al lado de esta última. El donatario podía eludir el derecho de revocación del donante enajenando la cosa; el precarista, no.

Otra relación, en la cual es verosímil que el precario se haya aplicado frecuentemente en Roma, era la del patrono con el liberto. La concesión de una habitación libre *(habitatio)* al liberado, sea por testamento, sea entre vivos, formaba en Roma un objeto favorito de la generosidad patronal. Originariamente era una relación de puro hecho sin ninguna protección jurídica. Cuando se proveyó de acción á los fideicomisos, se hizo posible dar protección jurídica á la concesión de una habitación libre por disposición de última voluntad; pero la concesión de una habitación libre entre vivos continuó constituyendo como antes una relación de puro hecho, y en tanto revocable á voluntad, es decir, un *precarium* (1). El único interés que ofrece esta relación para la teoría del *precarium,* es que nos presenta un caso del *in possessione esse* del precarista.

Debería probar ahora que esta función del precario liberal

---

(1) Así resulta de los términos en que Papiniano justifica la revocabilidad en el caso de que trata (L. 27, *de don.*, 39 5): *non* MERAM *donationem esse, verum officium magistri quadam mercede*REMUNERATUM *regulum, ideoque non videri donationem sequentis temporis* IRRITAM *esse;* ó sea en otros términos: no hay aquí *precarium.*

en las relaciones de parentesco responde al tipo trazado por los juristas romanos; pero creo estar seguro del asentimiento de mis lectores, enumerando simplemente los diversos puntos de que se trata aquí, y dejándoles el cuidado de examinar mi opinión.

Son los cuatro puntos siguientes:

1.° Revocabilidad voluntaria de la concesión.
2.° Responsabilidad restringida al *dolus* y á la *culpa lata*.
3.° Exclusión de las indemnizaciones.
4.° Posesión.

Concluyamos, pues, que el precario liberal con concesión de la posesión tiene prácticamente su lugar en el seno de la familia romana. Pertenece, si no en teoría, á lo menos por su función, á las instituciones de la vida de familia romana. El *precarium* estaba destinado al hijo emancipado y á los herederos abintestato, como la *dos* estaba destinada á las hijas, el *peculium* á los hijos, el *usus fructus* á la viuda y á los otros parientes.

La exposición precedente cree poder enorgullecerse de haber establecido cuatro casos en que el precario es perfectamente comprensible, tanto según su motivo, como según su aspecto jurídico: los tres casos de su función *convencional* en el derecho de prenda, en la transmisión de la propiedad, en la representación, y el caso único de su función *liberal* en las relaciones de familia.

Es posible que haya habido otros casos; por mi parte, no los he encontrado, y esperaré á que alguno haya hecho una demostración como la mía, para el caso que la opinión corriente tiene exclusivamente en cuenta: la *liberalitas* de una manera absoluta. Para hacer esta demostración, el que de ello se encargue, deberá contestar á la pregunta de lo que puede haber movido á los romanos á elegir, en vez de la única forma conveniente del comodato con tenencia, la absolutamente impropia del *precarium* con posesión, para el caso en que una persona quiera dejar pasajeramente el uso de una cosa á otra que no se halle ligada con ella por los lazos de la afección.

He probado que la concesión de la *posesión* al precarista tenía en los cuatro casos *serios motivos prácticos;* el fin que se

perseguía en todos no hubiera podido alcanzarse si no se hubiera dado al precarista la posición de hecho del propietario.

Pero el *precarium* podía del mismo modo no dar más que la *tenencia*, y esto suscita una nueva cuestión: ¿por qué la tenencia, y por qué no, como en otras ocasiones, la posesión? Evidentemente debe de haber habido casos de *precarium* en que la posesión no tenía razón de ser. ¿Cuáles eran estos casos?

Hemos aprendido ya á conocer uno de ellos, el de la concesión de una *habitatio* libre por parte del patrón al liberado. En este caso en que el precarista sólo obtenía una habitación en la casa de otro, no podía tratarse de posesión, y no quedaba más que el *in possesione esse*. Otro caso, que puede darse entre nosotros como entre los romanos, y que no es del todo raro, es el siguiente: permite uno á su vecino, que se dispone á edificar, depositar los materiales en sus patios; le permite, después de un incendio, meter el rebaño en su establo, el carruaje en sus cocheras. No hay depósito en este caso; el concedente no asume ninguna *obligación* respecto de estas cosas, sino que se limita á conceder á la otra parte *autorización* para ponerlas al abrigo en su fundo. No es menos cierto que no hay aquí comodato; como contrato real, el comodato supone la tradición de la cosa, y el patio, la cuadra, la cochera, no son, en el caso presente, objeto de tradición, sino que continúan en la posesión del concedente.

No queda, pues, más que el *precarium*; pero un *precarium* de otra especie que los que hemos aprendido á conocer hasta aquí; no tiende, para hablar el lenguaje de los romanos, á *possidere*, sino sólo á *in posesssione esse*. Ya se comprende que para esto no se necesitaba una convención particular; la tenencia resultaba de que el concedente conservaba la posesión del fundo, y de que era imposible una *compossessio plurium insolidum*.

Sólo las apariencias exteriores distinguen ya este aspecto del *precarium* de las formas indicadas arriba y, para, abreviar, podemos designarlo como precario *parcial*, en oposición al precario *total*. En esta última, el precarista obtiene la cosa *entera*; en la otra no obtiene más que una *parte*. Es la misma oposición que hemos aprendido á conocer más arriba en materia de

superficies; es idéntico el motivo de la diferencia de aspecto de la relación posesoria.

Hecha abstracción de esta relación en que la tenencia era completamente incontestable, y á la cual se podría aplicar, en este respecto, el nombre de *precario* de *tenencia*, para distinguirla del *precario* de *posesión*, ¿dieron los romanos á la tenencia en materia de precario una extensión mayor aún, es decir, establecieron *convencionalmente* la tenencia, aun en los casos en que era posible la posesión en sí?

Esta pregunta se sale del objeto de estas explicaciones, que tendían únicamente á justificar por motivos prácticos la relación posesoria existente en el precario.

El precario de posesión figura todavía hoy en nuestros cursos de *Pandectas* como una institución práctica. En mi opinión, es un completo error, y me felicito de haber hallado recientemente en Bähr (1) esta idea que enseño hace años en mis lecciones. No he oído en mi vida citar, ni he visto en los libros, un caso de este género; tiene, á mi juicio, su lugar propio en el cementerio de la Historia del Derecho que he creado en mi *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (p. 279) para este género de instituciones enteramente muertas para nosotros.

Se puede borrar completamente el precario de posesión de nuestro derecho actual, sin que por ello resulte la menor laguna para la aplicación del Derecho; el comodato lo suple perfectamente. Sólo se encuentra todavía hoy el precario de tenencia en los casos indicados y en otros análogos; pero en la práctica se halla desprovisto de toda importancia para la teoría de la posesión.

Estoy, pues, enteramente de acuerdo con Bähr, en que, cuando el precarista no quiere ceder á pesar de un requerimiento, el poseedor puede expulsarlo por su propia autoridad. Si prefiere obrar en justicia, tiene á su disposición el interdicto *uti possidetis*.

El interdicto *de precario* es, por consiguiente, del todo supérfluo; no se le menciona más que por puro escrúpulo histórico.

---

(1) En su artículo sobre la teoría de la posesión, *Jahrbücher*, 26, p. 293-297.

3.—El inventor de buena fe.

La relación posesoria del inventor no ofrece interés alguno práctico para nuestro derecho actual. En efecto, sólo puede presentarse la cuestión respecto de las cosas muebles, y nuestro derecho actual no admite una protección particular para ellos que presuponga la posesión jurídica. Para los romanos, por el contrario, la cuestión ofrecía cierto interés á causa del interdicto *utrubi*, y me coloco en este punto de vista del derecho romano puro para examinar la cuestión en la práctica.

Distingo el inventor de buena fe del *negotiorum gestor*, de que se tratará más lejos; apenas hay necesidad de justificar esta distinción.

El inventor tiene, sin duda, intención de entregar la cosa al propietario, y en este sentido se podría decir que obra como gerente de negocios. Pero esto no es exacto. En efecto: en primer lugar, el gerente de negocios, una vez comenzado el negocio, está obligado á llevarlo á término (1), y seguramente nadie disputará al inventor el derecho de rechazar la cosa que ha inventado (2). Luego, en el inventor, á la intención de devolver la cosa al propietario, puede también unirse la intención de guardarla para sí, si no puede descubrirse al propietario.

Tras la intención de obrar para el propietario se encuentra, pues, la intención de obrar para sí (3). Así se comprende que las fuentes no mencionen en ninguna parte la aplicación de la *act. neg. gest.* contra el inventor. Las acciones de que tenía que servirse el propietario en caso de negativa á restituir la cosa, eran la *condictio furtiva*, la *actio furti* y la *actio ad exhibendum*, que garantizaban completamente sus intereses. Las

---

(1) L. 6, § 2; L. 21, § 2; L. 31, § 2, de *negoc. gest.* (3 5).

(2) Puede tener, para esto, motivos perentorios; por ejemplo, la cosa mancha su vestido, ó sus manos; se cansa de llevarla tras de sí; encuentra gentes ante las cuales no puede presentarse con ella. Según el derecho romano, que no le obliga á restituir más que cuando la ha enajenado por *dolo (act. ad exhibendum*: L. 15, *ad exh.*, 10 4), podía rechazarla.

(3) Delbrück, en los *Jahrbücher*, III, p. 48.

disposiciones de nuestro derecho actual sobre los derechos del inventor impiden toda asimilación.

Ahora bien: ¿cómo debe concebirse la relación posesoria del inventor?

Según la teoría subjetiva, es indudablemente la *tenencia*, puesto que reconoce el derecho superior de otro, y tiene intención de restituirle la cosa. Con razón se ha decidido Mandry por la posesión, y ha establecido de una manera perfectamente justa la imposibilidad de hacer otra cosa. Hasta el descubrimiento del propietario, que estaría, según la opinión contraria, privado de toda protección posesoria aunque el interés del inventor, lo mismo que el del propietario, la pidan imperiosamente; el inventor debe ser protegido, si no por él, en todo caso por el propietario.

Pero el camino de la deducción jurídica que sigue Mandry para alcanzar el resultado, no es, á mi juicio, el más seguro. Consiste en probar que el inventor no *puede*, en absoluto, tener intención de poseer para el propietario. Debe decirse que no puede *continuar* la posesión de éste, puesto que está perdida, ni *adquirirla* de nuevo, puesto que esto no es posible sin orden suya; no queda, pues, más que la intención de poseer para sí, siempre á reserva de transferir la posesión al propietario, si llega á ser descubierta. Pero admitiendo que la voluntad de poseer se determine según lo que al poseedor *debe* decirse y no según lo que se *dice*, empieza por no ser exacto que al inventor deba decirse que el propietario ha perdido la posesión.

Sabido es que la posesión de la cosa perdida continúa hasta tanto que el que la ha perdido nota la pérdida y trata de encontrarla; sólo cuando lo ha procurado infructuosamente, es cuando puede decirse que ha perdido la posesión (1). ¿Puede saber el inventor, al ver la cosa, si continúa la posesión ó si se ha perdido? Encuentra un pañuelo en el bosque y lo recoge para devolvérselo á un hombre que va delante de él, á alguna distancia, y que supone es el que lo ha perdido; trata de alcanzar á este hombre, pero no lo consigue. Aquí la posesión no

(1) L. 3, § 13, *h. t.* ... *res ita exciderit ut non inveniatur*: L. 25. pr., ib.: *ut ignoremus ubi sit.*

estaba perdida todavía. Supongamos que el inventor sea un jurista que conoce la teoría de la posesión y quiere ajustar á ella su *animus*. Su intención no sólo *podía*, sino que *debía* ser *continuar* la posesión. Pero admitamos que la cosa encontrada engaña por su aspecto exterior; que llevaba ya cierto tiempo en aquel sitio; que, por consiguiente, había desaparecido la posesión: ¿se sigue de aquí que el inventor no pueda, sin poderes del propietario, adquirir la posesión para sí, que *deba* obtenerla él mismo aun cuando su intención no pasara de la tenencia, cuando es perfectamente libre de hacerlo según la teoría subjetiva? Mandry alega, para justificarlo, que sin esto no habría posesión: lo cual no se compadece con la L. 1, § 20, *h. t.;* pero hemos mostrado más arriba el valor de la deducción que hace Paulo en este texto. La teoría de los juristas romanos se concilia perfectamente con la hipótesis de la tenencia en el uno, sin que haya posesión en el otro.

Mandry se veía obligado á hacer esta deducción, porque, sin atenerse á la condición del *animus domini*, se atenía, sin embargo, á la de la voluntad de poseer. Para poder admitir la posesión en el inventor, debía atribuirle el *animus possidendi*, que, en su opinión, no es incompatible con la intención de transferir en seguida la posesión al derechohabiente.

Según mi teoría, la voluntad de poseer, en el sentido de la teoría dominante, no tiene nada que ver aquí... ni en ninguna otra parte.

El inventor toma la cosa; por este sólo hecho detiene la posesión en tanto en cuanto no haya una disposición positiva que se la rehuse, y en vano buscamos en las fuentes semejantes disposiciones.

Se nos objetará que la lleva consigo necesariamente la lógica del derecho romano, puesto que el inventor tiene la intención de devolver la cosa al propietario, y por lo tanto, no puede tenerla de adquirir la posesión para sí. Pero también el mandatario tiene la intención de devolver la cosa al mandante, y, sin embargo, obtiene la posesión. La intención de obrar para otro y la posesión para sí mismo, se concilian perfectamente entre sí. El inventor adquiere la posesión como reemplazando al propietario; éste resuelve todas las dificultades. Para la ju-

risprudencia antigua de Roma, que no conocía todavía la adquisición directa de la posesión por representante, éste era el único aspecto posible de la relación. Ciertamente, la jurisprudencia nueva hubiera podido aplicar aquí el punto de vista de la representación directa; pero no lo ha hecho, y ha hecho muy bien, según las razones prácticas que hemos indicado arriba.

Conclusión: *el inventor tiene la posesión.*

4.—El gerente de negocios.

Por los motivos que acabamos de indicar, el gerente de negocios no podía, según el derecho antiguo, obtener más que la posesión, y en mi opinión, la jurisprudencia nueva hubiera debido disponer lo mismo. Pero en el intervalo, la adquisición inmediata de la posesión en beneficio del representado se había hecho posible en los otros casos de representación (mandato, tutela), y se creyó que se debía extenderla igualmente á la gestión de negocios; no, bien entendido, en el sentido de que el representado obtiene la posesión sin voluntad, sino en el de que le bastaba su rectificación para obtenerla (1).

¿Cómo debemos representarnos la relación posesoria antes de esto? El gerente de negocios, ¿tiene ó posee? Me he pronunciado por esta última manera de ver. El motivo principal que á ello me obliga es un motivo práctico. Si se concede la tenencia al gerente de negocios, habría en el intervalo, hasta la decisión de parte del dueño del negocio—la cual puede hacerse esperar mucho tiempo si no es conocida todavía ó si se halla ausente—un estado de carencia completo de protección de la posesión. En la adquisición de la posesión por un representante autorizado no existe esta situación, puesto que es conocido el mandante. Se me objetará que, una vez que existe la posesión, no puede convertirse en tenencia por una simple declaración de cambio de voluntad por parte de otro. No admito la negación; la relación de tenencia supone, según la teoría de

(1) Ulpiano, L. 42, § 1, *h. t.*: *Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem, quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.* Paulo, S. R. V., 2, 2.

los juristas romanos, tal como la he establecido, una *causa detentionis*. Antes que ésta exista no puede obrar; no puede, pues, tratarse de tenencia; si la cuestión de tenencia surge, no hay el menor obstáculo, porque obra sobre la relación posesoria; la posesión se convierte en tenencia en virtud de la regla del derecho.

Los juristas romanos no se pronunciaron acerca de la relación posesoria del gerente de negocios; se limitan á la regla de que el dueño del negocio pueda procurarse la posesión y la propiedad mediante su ratificación. Considero muy peligrosa esta regla; la garantía que la cosa da al representante autorizado, respecto de los gastos que ha hecho ó las obligaciones que ha asumido, se la arrebata el gerente de negocios por el efecto reconocido á la ratificación (L. 42, § 1, cit.); el representado puede arrancarle violentamente la cosa á un simple tenedor, y á él le toca ver cómo ha de hacerse entregar lo que le concierne.

¡Cuánto más justo hubiera sido que la jurisprudencia nueva se hubiera conformado con la antigua! Quizá viva en la creencia de que ha acertado en todo; tiene que ver cómo puede conservar su fe en este caso. En cuanto á la antigua jurisprudencia romana, participo de esta creencia—cada fragmento que someto á un examen atento, me llena siempre de nueva admiración—; pero en cuanto á la jurisprudencia nueva, hace ya bastante tiempo que mi opinión ha cambiado.

XVIII

Historia ulterior de la noción de tenencia.

Propiedad, posesión, tenencia y *jus in re:* tales son las formas fundamentales del derecho de las cosas en Roma. Se las puede seguir hasta en los tiempos más remotos, y se han conservado hasta la época más moderna. El rasgo más saliente y distintivo de su carácter, es que se aplican de un modo uniforme á las cosas muebles y á las inmuebles; la distinción del derecho inmobilario y del derecho mobiliario, que lleva el sello particular del derecho germánico, es desconocida en el derecho romano.

El aspecto que revisten estas cuatro formas fundamentales en la época de su aparición en la historia y en el derecho de Justiniano no es el mismo; ha sido objeto de un desenvolvimiento considerable. En cuanto á tres de ellas: la propiedad, la posesión y el *jus in re,* se *amplió* extensa ó intensivamente la idea que les sirve de base, mientras que, en cuanto á la tenencia, dicha idea se restringió extensiva é intensivamente á la vez.

La idea fundamental de la propiedad romana es la protección absoluta contra los terceros: *la rei vindicatio.* En la época primitiva se hallaba restringida á la granja romana, con los esclavos y el ganado necesario para su explotación; es decir, según hemos visto, á las *res mancipi*; pero bien pronto se extendió á las *res nec mancipi*, y el derecho nuevo no vaciló un momento siquiera en separar la *rei vindicatio* de la propiedad (*rei vindicatio utilis*).

La idea fundamental de la posesión es facilitar la protección de la propiedad. Bajo ciertas condiciones obtiene el propietario, probando la simple exterioridad de la propiedad, el mismo resultado que si probara su existencia jurídica (1). La *bonæ fidei possessio* (*actio Publiciana*) sirve para el mismo fin de facilitar la protección de la propiedad. Á la prueba de que ha nacido la propiedad sustituye la de un *hecho externo* del cual hubiera *podido* nacer.

La idea fundamental del *jus in re* es la protección absoluta.

---

(1) Sobre la objeción de que el no propietario se aprovecha igualmente de esta protección, véase mi obra acerca del *Fundamento de la protección posesoria*. Es la condición indispensable para poder concederla al propietario, y los casos en que se hallan excepcionalmente separadas la propiedad y la posesión, no deben tomarse en cuenta entre la mayoría infinitamente grande de los casos en que están reunidas. Acerca de la importancia legislativa de estos elementos de hecho, véanse las págs. 153 y sigs. La objeción de que aun la prueba líquida de la no propiedad del poseedor se rechaza respecto de la acción posesoria (véase, por ejemplo, Dernburg, *Pandekten*, I, § 170), se refuta bajo el aspecto *histórico*, es decir, desde el punto de vista del procedimiento antiguo, por el principio de la cuestión *única* que regía todas las instancias judiciales (véase, más adelante): el demandado no podía invocar una obligación en un proceso sobre la propiedad, ni invocar la propiedad en un proceso sobre la posesión. Desde el punto de vista *legislativo* se refuta, diciendo que es fácil hablar del aspecto líquido de la no propiedad del demandado; porque, como tantas otras imágenes abstractas, esta idea carece de realidad práctica; la propiedad ó la no propiedad de la una ó de la otra parte no es *nunca* líquida allí donde no hay registros territoriales.

La objeción de que la protección posesoria puede volverse *contra* el propietario, es exacta; pero la conclusión que de ella se ha sacado, según la que, por consiguiente, no ha podido ser introducida *para* él, es tan falsa como si del hecho de que un propietario no puede abrir la puerta de su casa, porque no tiene la llave, se quisiera inducir que no había mandado hacer la llave para él. El propietario que encuentra cerrada la puerta de la posesión entra por la de la propiedad; pero al ladrón que ha penetrado por la primera se le expulsa por la segunda. La contradicción que ha hallado mi teoría sobre el fundamento de la protección posesoria tiene su causa última en la hipótesis de que el derecho protege la posesión á causa de la *voluntad*. Es la misma aplicación errónea de la idea de voluntad en derecho que ha influído de una manera tan nefasta sobre tantas otras teorías. En realidad, la voluntad no forma el *principio*, sino sólo una *condición* de la posesión. Dernburg (lugar citado) se ha emancipado con razón de este falso subjetivismo de la voluntad; da á la posesión una base objetiva, caracterizándola como el orden social aparente. Á esto conduce igualmente mi teoría; pero añade el motivo justificativo por el cual protege el derecho este orden aparente ó «el reparto establecido de los bienes reales». Por esto regularmente concuerda en su reparto jurídico, y esto es lo que yo he tenido en cuenta para decir que la protección posesoria ha sido introducida en interés de la propiedad.

de aquel á cuyo servicio ha puesto la cosa el propietario para ciertos fines. La forma originaria bajo la cual era exclusivamente conocido el *jus in re* de la época primitiva, y á la cual continuó restringida más tarde la expresión *servir*, absolutamente exacta para aquella época, era la servidumbre predial, y aun solamente la servidumbre rural, única que ofrecía interés para los labradores. El desenvolvimiento de la vida urbana le añadió en seguida la servidumbre urbana; el progreso de la agricultura le unió, además, una masa de servidumbres rurales desconocidas antes. A la servidumbre predial se unió la servidumbre personal, y á las servidumbres se añadieron, como nuevas formas del *jus in re*, la superficie, la enfiteusis y el derecho de prenda.

La idea fundamental de la tenencia en la época primitiva era la carencia de derecho del tenedor respecto del *dominus possessionis*. Indicada en la casa romana por la dependencia jurídica de los hijos y de los esclavos respecto del padre de familia, la tenencia les sirvió á los romanos para organizar la relación del propietario con sus arrendatarios y sus inquilinos, de tal manera, que se ponía al proletario en manos del rico.

La aplicación de la noción de tenencia á las cosas muebles no tenía gran importancia práctica, á excepción de la adquisición, como hemos visto, de la posesión por representante; en todo caso, quedaba completamente en segundo término respecto del alquiler.

Esta extensión de la noción de tenencia, que, hecha abstracción de las excepciones indicadas, debe haber hallado su conclusión en una época relativamente remota, fué seguida más tarde de un movimiento de *retroceso*. Comienza ya en el terreno romano, y prosigue en la Edad Media y en la época actual.

Tal es lo que entiendo por historia ulterior de la tenencia romana.

El interés que dicha historia presenta no consiste en el simple hecho de los cambios que aquí se han realizado, sino en la conclusión que podemos sacar de ellos. Esta conclusión es que la idea de carencia del derecho del tenedor, que en la época primitiva sólo se tenía en cuenta en la tenencia, se convirtió, en la época siguiente, en objeto de repulsión, y no concordaba con

su sentimiento del derecho ni con sus intereses económicos. El destino ulterior de la noción de la tenencia nos hace conocer el fallo de la historia: vamos ahora á aprender á conocer la crítica real que la historia ha hecho de la noción de la tenencia.

1. Historia ulterior de la noción de tenencia en Roma.

La historia de la tenencia en Roma sigue dos direcciones: una se caracteriza por la restricción *extensiva* de la noción de tenencia, es decir, por el estrechamiento de su campo de aplicación; y otra, por su restricción *intensiva*, es decir, por la atenuación de la idea de ausencia de todo derecho para el tenedor.

Reducción del campo de aplicación de la tenencia.

Vemos ciertos casos de tenencia destacarse, para encontrar la protección del derecho, bajo la forma de posesión real ó de *juris possessio*. Ya hemos encontrado este hecho. El arrendatario de un *ager vectigalis* y el enfiteuta obtienen la posesión real; el usufructuario y el usuario tienen la *juris possessio;* el superficiario obtiene la una ó la otra, según las circunstancias.

La protección jurídica aparece en otros dos casos todavía, sin que los juristas romanos invoquen siquiera la *juris possessio.* Así el arrendatario del *locus publicus* se ve protegido por el interdicto de *loco publico*, y el *immissus in possessionem* por el interdicto *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est.* Estos interdictos conferían, los dos, una *plena* protección; reunían en sí las tres funciones de los interdictos posesorios: *adipiscendæ, retinendæ, recuperandæ possessionis.* En todos estos casos, á excepción del de las servidumbres personales, la elevación de la tenencia á la categoría de posesión *(possessio rei* ó *juris)* se refiere históricamente á la participación tomada por el poder público en el establecimiento de la relación.

La superficie se reputa afecta al suelo público en virtud de una convención jurídica con la ciudad. Lo mismo pasaba con el *ager vectigalis* y el *locus publicus.* La *immissio* se concedía por el pretor; así, pues, igualmente, por el Poder público.

Por todas partes aquí, tras la persona privada, se hallaba la autoridad pública, á quien se infería un ultraje atacando la relación posesoria por ella establecida.

En las locaciones públicas se añadía también el interés administrativo y económico que hemos señalado más arriba. Para las servidumbres personales la protección posesoria resultaba como una consecuencia necesaria de la protección petitoria.

En la mayor parte de estos casos los juristas romanos no admitieron más que la simple tenencia por parte del que tiene de hecho la cosa entre las manos, y esto á fin de asegurar la protección posesoria al propietario. Pero ésta es completamente indiferente para la única cuestión que aquí me preocupa, á saber, para la protección del derecho concedido ó rehusado al tenedor.

En *la práctica* se abandona, en tales casos, la noción de tenencia. El tenedor está protegido, lo mismo contra el titular de la posesión, que contra los terceros. En este sentido, pues, se puede decir que *todos estos casos salen del dominio de la tenencia.*

Debilitación intrínseca de la noción de tenencia.

Cuando establecían la noción de la *juris possessio* para las servidumbres personales, se les presentaba á los romanos la mejor ocasión de desprenderse completamente de la noción de tenencia en el sentido antiguo, es decir, el principio de la falta de derecho del tenedor, y conceder á este último la protección jurídica bajo el nombre de *juris possessio.*

No han llegado á hacerlo; pero ha habido, sin embargo, un progreso considerable.

Ya en otra obra (1) he consignado el aserto frecuentemente reproducido de que los arrendatarios y los inquilinos no pueden participar de la protección jurídica más que por mediación del propietario, y he enumerado los medios de derecho que el derecho romano pone inmediatamente á su disposición. Son la *ac-*

(1) V. mi disertación sobre *den Rechtschutz gegen frivole Rechtsverletzungen* en mi *Jährbuchern*, vol. 3, págs. 308-335.

tio injuriarum y el interdicto *quod vi aut clam*. Este último, por más que los romanos no lo contaron en el número de los interdictos posesorios, porque no suponía la posesión, sino sólo un interés (L. 11, § 14, *quod vi*, 43-24), ejerce en realidad la función de un medio posesorio; protege contra todos los atentados al estado de posesión, que pueden ser considerados como *opus in solo factum*, y pertenece también al arrendatario (L. 12, íd.). Estas personas tenían, entiéndase bien, el derecho de sostener por la fuerza su relación posesoria, siempre que no fuese contra el propietario. La circunstancia de hallarse contractualmente obligado á dejarle la cosa, no infería ningún perjuicio á su poder como poseedor. Como tal podía expulsarlos á su grado; si resistían, tenía el interdicto *uti possidetis* ó *unde vi*, sin que pudieran prevalerse de sus derechos contractuales. Se hallaba esto conforme con el método analítico del procedimiento antiguo, según el cual no se comprendía al demandado en las excepciones que no contenían una denegación directa de la demanda (1); se hallaba reducido, para sus demandas reconvencionales, á la vía de la acción directa.

El procedimiento nuevo se ha separado de este método. Permite la producción de las pretensiones independientes del demandado; permite, por ejemplo, en la *reivindicatio*, la excepción indicada en nota y la demanda de restitución de las impensas. En la acción personal admite la excepción de compensación. Así se ha permitido igualmente entonces al demandado en acción posesoria invocar el derecho de obligaciones (véase más abajo): la propiedad, el crédito, la posesión, se detienen ante su derecho.

Entre estas innovaciones, la más importante es la relativa á la posesión; en virtud de ella se ha modificado fundamentalmente la relación entre la posesión y la tenencia. La tenen-

(1) V. *Espíritu del Derecho romano*, IV, §§ 50-52. Porque en la posesión el demandado no era oído en cuanto á la excepción de su propio derecho de propiedad, lo mismo que en el petitorio no podía prevalerse de los derechos contractuales nacidos de una venta (la *exceptio rei venditæ et traditæ*, del derecho pretorio), y en las acciones personales no podía oponer la compensación *utraque actio it sua via*, como dice Séneca, *de benef.*, VI, 6, hablando de la reconvención.

cia no es, como en la época antigua, una relación enteramente privada de derecho; se halla jurídicamente protegida cuando reune las condiciones de que depende esta protección. En todos estos casos el progreso se presenta bajo las apariencias *exteriores* de una reforma de procedimiento, lo que podría hacer creer que ha sido fruto de una concepción más libre del mecanismo procesal. Pero esta oposición no resiste á la crítica; el cambio que se opera en el procedimiento no es más que el reflejo y la obra del que se ha cumplido en el sentimiento jurídico nacional. Se consideraba contrario á la equidad que, como en la época antigua, el propietario pudiese reivindicar contra el comprador la cosa vendida y entregada, pero no mancipada; que el acreedor pudiera exigir del deudor, al cual también él debía, el importe entero de su crédito; que el arrendador pudiera expulsar al arrendatario sin motivo; y se concedía como consecuencia una excepción al demandado.

Aquí, como en todo lo demás, la excepción no es más que la forma bajo la cual el sentimiento jurídico nuevo se hace valer contra el derecho inflexible de la antigüedad: *ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prosit*. (L. 1, § 1, *de exc. doli*, 44 4). Las formas del procedimiento no son más que los medios de alcanzar los fines reales perseguidos por la ley ó de satisfacer las exigencias formuladas por el sentimiento jurídico; cuando el sentimiento jurídico ilustrado de la época nueva se formalizó en cuanto á la carencia de derecho del arrendatario y el inquilino, se había hallado ya la forma necesaria para responder á esta evolución del sentimiento jurídico, lo mismo en cuanto á la posesión que en cuanto á la propiedad y la obligación.

El primer jurista que depone acerca de este hecho y le concede la atención que merece, es Marcelo, en la segunda mitad del siglo II. En la L. 12, *de vi* (43-16), trata del caso en que, habiendo vendido el arrendador el fundo arrendado y autorizado al comprador para tomar posesión de él, el arrendatario opone resistencia.

¿Hay aquí una *desposesión*? Marcelo parte del punto de vista de que *nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, au emtorem, cui jusserit dominus tradi possessio-*

nem, non admisisset; pero añade esta restricción: *nisi propter justam et probabilem causam id fecisset.*

Tal es igualmente su decisión en la L. 20, *h. t.*, cuando el comodatario rehusa restituir la cosa al comprador. *Alias*, dice, *videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. Nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur. Quid enim, si alia* QUÆPIAM FUIT JUSTA ET RATIONABILIS CAUSA *non reddendi, non utique ut possessionem ejus interverteret?*

Así es completamente indiferente para la decisión, que venga el mismo propietario ó que se presente otro en su nombre; que el tenedor tenga la cosa en virtud de un contrato oneroso, el arrendamiento, ó en virtud de un contrato gratuito, el comodato; se trata únicamente del motivo de su negativa. Esta negativa es fundada; la resistencia de hecho que opone se halla plenamente justificada; no hay, pues, aquí *desposesión*.

Marcelo no expresa esta opinión como una idea nueva y propia suya; no se sirve de las fórmulas usadas en tales casos: *posse defendi, dici, probabilius esse*, etc. Podemos concluir de aquí que la evolución en la concepción de la relación que existe entre el tenedor y el titular de la posesión, de que sus palabras son testimonio, estaba ya comprendida en su época y no era objeto de duda alguna.

Existe una contradicción aparente entre esta decisión de Marcelo y la de Papiniano en la L. 18, *de vi* (43-16). El arrendatario no ha dado acceso al comprador. Este jurista ve aquí, *sin reservas*, una desposesión violenta del arrendador sin dejar lugar á la posibilidad de una negativa legítima del arrendatario:

> *Placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit.*

Esta decisión es en extremo sorprendente, tanto desde el punto de vista del desenvolvimiento de la jurisprudencia romana, como desde el de la compilación de Justiniano. Es difícil creer que la jurisprudencia nueva haya abolido un progreso

ya conquistado en la época de Marcelo; y de abolirle, ¿cómo hubieran podido los compiladores, después de haber expuesto una regla en la L. 12, retirarla algunas líneas más abajo, en la L. 18?

La explicación se encuentra quizá en la circunstancia de la *vacua possessio*, que Papiniano señala expresamente al principio del texto

...*jussit emtorem in* VACUAM POSSESSIONEM *ire*,

mientras que Marcelo no menciona esta circunstancia en los dos textos citados:

L. 12, cit.: *cum is in possessionem missus esset.*

L. 20, cit.: *rem emtori tradi jusserit.*

Papiniano suponía el caso en que, habiendo espirado el arriendo, el arrendatario que había dejado ya el fundo (1), oponía resistencia al comprador. Marcelo suponía el caso en que el arriendo no había espirado todavía, ó en que se trataba de expulsar al arrendatario antes del vencimiento.

Bajo otra relación causa sorpresa el texto de Papiniano. Después que el arrendatario se niega á reconocer al comprador, el arrendador da á éste orden de expulsar por la fuerza al arrendatario, y el jurista declara *ilícito* este mandato; si el arrendatario intenta contra él el interdicto *unde vi*, el comprador no puede privarse de esta orden: *dixi (emtori)) non esse juvandum, qui mandatum* ILLICITUM *perceperit.*

¡Cosa extraña! Si en la negativa del arrendatario á dar acceso al comprador hay una *vis* contra el propietario, como el mismo Papiniano la reconocía, y si el propietario saca de ella el derecho de mantener su posesión por la fuerza, la expulsión del arrendatario ejecutada por él es una *res licita*, y por consiguiente, la autorización dada al comprador de ejecutarla en su lugar es un *mandatum licitum*. Si este último es, por el con-

(1) Vat. fragm. § 249 (5): ... *Vel abscessu sui, si domus vel fundus aut quis ejusdem generis erit*, SEDEM NOVO DOMINO PATEFECERIT. No hay *vacua possessio* en tanto que ocupe alguien el fundo, aunque sea como simple tenedor. L. 2, § 1, *de act. emti* (19 1): *vacua possessio tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fideic commissorum causa in possessionem est, aut creditores bona possideant.*

trario, *illicitum*, la expulsión ejecutada por el mismo propietario debe ser igualmente una *res illicita*.

Confieso francamente que encuentro incomprensible la decisión de Papiniano. En todo caso, es un signo del tiempo; un jurista antiguo no hubiera visto nada de ilícito en semejante mandato, y esto muestra cuánto habían cambiado las ideas de la época respecto del desahucio de los arrendatarios.

Marcelo no nos suministra ningún informe sobre la *justa et probabilis*, *justa et rationabilis causa* (1). ¿A qué pretensiones del arrendatario alude?

Ante todo, hay que pensar en su pretensión de conservar la cosa durante el tiempo fijado por la convención, y quizá también en el reembolso de las impensas necesarias que incumbe al propietario, y el derecho del arrendatario y del locatario de ejercer el *jus tollendi* (2).

Ante tales motivos, la resistencia que el tenedor opone al dueño de la posesión no contiene un atentado á su derecho de posesión: *non videbitur possessione dominum intervertisse* (L. 20, cit.). Merced á esta consideración, el motivo que lleva

---

(1) Según Windscheid (*Lehrbuch*, II, § 400, 7), que, al mismo tiempo nos da la bibliografía de la cuestión, es preciso pensar en el caso en que el locatario «no quiere retener la cosa en virtud de su derecho de locatario, sino como cosa propia». Si ésta es una *justa et probabilis causa*, existe en todas partes; el locatario no tiene necesidad de declarar que tal es su voluntad, y habrá una *justa causa* de su resistencia. No veo cómo puede conciliarse esta proposición de Windscheid con la que sigue inmediatamente: «Los textos sólo quieren decir que en la *retención del contrato de arrendamiento* no hay desposesión». Cuando Windscheid añade: «cuando resulta de la propia declaración del arrendador, en la acción, una obligación para él de dejar la cosa al locatario, no se puede negar á este último que haga valer esta obligación, por vía de excepción, aun contra la acción posesoria»; no puedo menos de pensar que lo mismo pasa siempre.

Para obrar contra el que se encuentra, de hecho, en posesión de la cosa, el actor debe probar que el demandado posee *á pesar suyo*, es decir, como *injustus possessor, vi, clam, precario*, ó *por sí*, es decir, como tenedor, en *su* nombre. En este último caso debe invocar para éste la *causa detentionis*, es decir, el contrato de arrendamiento, si se trata de un locatario. Pues bien: por esto mismo confiesa la existencia de una obligación de su parte, y ésta, según los principios generales, debe reputarse que dura tanto en cuanto no se ha probado la extinción; en otros términos, para obtener éxito en su acción posesoria, debe probar que ha espirado el arrendamiento y que ha venido para él el tiempo de pedir la restitución de la cosa.

(2) L. 19, § 4; L. 55, § 1, *Loc.* (19-21).

á la posesión á ceder ante la obligación, se transporta á la posesión misma; está descartado el conflicto. Es la misma situación que cuando el demandado responde á la acción del contrato, que éste ha versado sobre su propia cosa (1).

La demanda es rechazada *ipso jure*, porque no se han reunido sus condiciones legales; la resistencia del tenedor no constituye una *vis*, y ésta excluye á la vez el interdicto *unde vi* y el *uti possidetis*, que suponen ambos la *vis* por parte del demandado.

Es decir, para hablar el lenguaje del fondo del derecho, que el derecho de expulsión perteneciente al propietario no es ilimitado como en la época antigua, sino que se halla encerrado dentro de ciertos límites.

No fué seguramente la jurisprudencia la primera que puso un límite al ejercicio arbitrario del derecho de desahucio de parte del titular de la posesión. Vemos en la L. 54, § 1, *Loc.* (19-2), que los arrendatarios se aseguraban contra esta eventualidad por medio de una pena convencional, y la jurisprudencia no hallaba ningún inconveniente en considerar como válida esta convención; si hubiese advertido un desacuerdo con la idea de la posesión, ¿no hubiera debido declararla nula, lo mismo que en otros casos análogos; por ejemplo, la exclusión contractual de la libertad de testar, del derecho de vender del acreedor con prenda, ó las convenciones sobre la dote, que estaban en contradicción con el destino de ésta ó con la esencia del matrimonio? No vió en ello ningún obstáculo; lo que prueba cuánto habían cambiado las ideas sobre la posesión jurídica del titular de la posesión frente al tenedor.

Cuando Paulo, cuyo es ese texto, declara ineficaz la pena convencional en el caso en que el arrendatario se retrase en el pago de la renta (2), ó descuida el fundo, no atiende más que á la intención presunta de las partes (*verisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora præfinita, si pensio-*

---

(1) L. 45, pr., *de R. J.* (10-17).

(2) Los dos años de que se trata en el texto forman parte de las circunstancias de la especie concreta; no forman una condición del derecho de desahucio, como se ha creido equivocadamente. Paulo basa únicamente su decisión sobre que *si pensionibus paruerit*, sin hablar de los dos años.

nibus paruerit et, ut oportet, coleret). Lo que reconocía aquí, para el caso en que el arrendatario se hubiese asegurado por medio de una pena convencional, debe, con mayor razón, admitirse en el caso en que lo ha hecho, es decir, en caso de descuido en el cultivo del fundo ó de falta de pago de la renta.

El desahucio del arrendatario no podría ser objeto de duda aun desde el punto de vista del derecho nuevo.

Puede preguntarse, cómo conciliar ciertas constituciones del título *Locati* (4 65), en el Código, con las decisiones comentadas arriba de los juristas romanos: me refiero á las L. 3, 32, 34, *Locati* (4-65). Los dos últimos textos parecen indicar que Zenón ha querido prohibir por ellos de una manera absoluta, al arrendatario y al locatario, toda resistencia contra la orden de evacuación emanada del arrendador; pero ninguno de ellos habla de nuestro caso de desahucio *durante* el término del arrendamiento, sino sólo de la conducta ilegal del arrendatario *después* de la espiración del arriendo. En la L. 32 intenta una acción contra el nuevo arrendatario que ha tomado el fundo después que él: *quasi rem illicitam aut agenti damnosam temptaverit*. Se trata, pues, por su parte, no de una resistencia contra el derecho de desahucio del propietario, sino de la discusión de su derecho de arrendar su fundo según le parezca, dirigida contra el nuevo arrendatario. Así resulta perentoriamente de las frases siguientes:

Qui POST EUM *cum domini voluntate ad eandem* CONDUCTIONEM ACCESSIT.

Es decir, se ha presentado un nuevo arrendatario, al cual ha ha traspasado el fundo el propietario.

Patere FACULTATEM *pominis domos suos... cui voluerint* LOCANDI.

Es decir, se trata simplemente del derecho del propietario de arrendar el fundo á quien quiera.

Nisi forte pacta per scripturam specialiter inita... agentis intentionibus suffragantur.

Es decir, si el arrendatario no se ha reservado, en documento, la renovación de su arriendo al espirar el término corriente.

Según la L. 34, cit., se podría creer que todo arrendatario que rehusa restituir el fundo y obliga al arrendador á recurrir

á los Tribunales comete una injusticia, por lo cual: *ad similitudinem invasoris alienæ possessionis non solum rem locatam, sed etiam æstimationem ejus victrici parti præbere compellatur.*

En realidad, no se trata más que del caso en que, *después* de extinguido el arrendamiento, el arrendatario se permita retener la cosa hasta la *sentencia definitiva (litem usque* AD DEFINITIVAM SENTENTIAM).

El punto es importante. Si el arrendatario tiene pretensiones reconvencionales, por las impensas necesarias que incumben al actor, nada se opone, en el procedimiento de la *actio locati*, á que haga valer estas pretensiones. El juez, lo mismo que puede hacerlo en todas las acciones que tiendan á *restituere*, impone al demandante el reembolso de estas impensas por medio de una sentencia incidental *(arbitrium)*. Si se ejecuta, depende del demandado sustraerse á una *condena* en la sentencia definitiva; restituye, y el juez le absuelve de la acción; si no la ejercita el actor, se le priva de su acción. No se llega á una condena en la sentencia definitiva más que cuando el actor se niega hasta el último momento, *sin fundamento*, á restituir, y entonces sufre con razón la pena con que se le ha conminado, mientras que no hubiera podido justificarse ésta si hubiera tenido motivos legítimos para rehusar.

De esta manera el texto está en armonía con la decisión de Marcelo (1), y en este sentido lo comprendieron igualmente los autores de las Basílicas (XX, 1, 94), los cuales corrigieron la inexactitud del texto añadiendo: *post expleta tempora locationis.*

La L. 3, Cod. id., contiene un rescripto de Antonino Pío, en el cual dice á un locatario de una casa, á su instancia, que no puede ser lanzado contra su voluntad. No se le permite al arrendador expulsarle más que por tres causas: *nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es*; á las cuales añade este cuarto motivo, expresado en forma de condición:

---

(1) En apoyo de este razonamiento, véase la L. 10, Cod. (8 4) del mismo Zenon, en la cual no se prohibe la resistencia al arrendatario más que en el caso *cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret.*

Si pensionem domino insulæ solvisti. Como guarda silencio acerca de la causa que pudiera esperarse ver en primer lugar, la espiración del término del arrendamiento, resulta que el Emperador sólo tenía en cuenta la cuestión de la disolución del arriendo *durante* el término del contrato.

Para la inteligencia del texto, es de gran importancia representarse claramente el doble sentido que pueda tener. Puede significar: el arrendador puede, en los casos citados, disolver el arrendamiento antes del término sin exponerse á las reclamaciones contractuales del locatario, ó bien puede hacerlo, pero bajo reserva de entenderse con el locatario.

Antonino Pío quiere *mejorar*, no *empeorar*, la posición del locatario. En este sentido comprendieron su disposición los autores de las Basílicas (20, 1, 65), que la hacen preceder de la nota: *pulchrum jus constitutio continet*; y ven, por consiguiente, en ella una innovación preciosa del derecho anterior.

Pues bien: sabemos que, según el derecho anterior, el locatario tenía igualmente derecho á una indemnización en caso de desahucio. Este derecho se halla formalmente reconocido en las Pandectas por un jurista del comienzo del Imperio, Alfeno, precisamente en uno de los casos mencionados por Antonino Pío (1). Aun en el caso en que el arrendamiento se rescinda por culpa del locatario (falta de pago de la renta y deterioro), y en que, por consecuencia, se halla excluída toda acción de daños y perjuicios por la aplicación del principio: *quod quis ex culpa sua damnum sentit damnum sentire non videtur* (L. 203, *de R. J.*, 50 17), es preciso concederle todavía un derecho á la restitución de sus impensas.

El texto deja, pues, enteramente á un lado la cuestión de las consecuencias contractuales del desahucio; se refiere exclusivamente al derecho de desahucio del arrendador, y lo subordina á restricciones á las cuales no estaba sometida anteriormente, ó que, aun admitidas ya en la práctica, quizá no habían recibido todavía la sanción de la ley.

(1) L. 30, pr., *Loc.* (19 2), que distingue dos casos respecto de la regla que se ha de aplicar para medir la indemnización: *si vitiatum ædificium* NECESSARIO *(dominus) demolitus esset*, ó bien: *si* NON *fuisset necesse demoliri, sed quia* MELIUS *ædificare vellet, id fecisset*.

No dice el texto lo que se ha de decidir cuando el arrendador no respeta las restricciones de la ley. Seguramente entonces el locatario podía resistir de hecho; la decisión *invitum te expelli non oportet* le daba derecho á ello, y no hay en su resistencia ninguna perturbación de la posesión que dé al arrendador el derecho de intentar el interdicto *uti possidetis.*

Por el contrario, cabe aplicar ahí el punto de vista que hace valer Marcelo respecto de la resistencia del arrendatario que tiene una *justa et probabilis causa*: *dominum possessione intervertisse non videtur*. Pero ¿qué auxilio se le presta al arrendatario si el arrendador le expulsa lo mismo? Si no hubiera aquí ningún auxilio judicial, no se hubiera conseguido el fin que el Emperador se propuso alcanzar; toda la disposición, el pretendido *jus pulchrum* de los bizantinos, hubiera sido una raya en el agua. Hubiera continuado en vigor el derecho antiguo; hubiera quedado el locatario reducido á intentar la *actio locatis* por daños y perjuicios. La protección que el Emperador le reservó, no puede evidentemente consistir más que en la obligación impuesta por el juez al arrendador de devolver la cosa al locatario, pues esto significa, en la práctica, que la *actio conducti* ejerza la *función de un medio posesorio*, que restablezca de hecho la relación de tenencia anterior.

Considerada bajo este aspecto la disposición de Antonino Pío, aparece como un nuevo paso en el camino abierto por Marcelo para asegurar al tenedor contra la arbitrariedad del titular de la posesión. Contiene una prueba más de la evolución que se había realizado en la época nueva respecto de la concepción de esta relación.

El Emperador avanza sobre el jurista. Este había hecho depender, sin distinción, el derecho de resistencia del arrendatario de la existencia de una *justa et probabilis causa*, es decir, de la apreciación del juez. Esta indeterminación, que seguramente ha debido producir reales inconvenientes en la práctica, en tal respecto, que podía suscitar la cuestión todos los días, fué corregida por el Emperador, por medio de la enumeración de cuatro causas bien determinadas que podían autorizar al arrendador para expulsar. Después hay la diferente actitud tomada de una parte y de otra, en principio, en esta

cuestión. Marcelo, con la jurisprudencia anterior, se atuvo á la *legitimidad, en principio, del derecho de desahucio*, y sólo se elevó hasta la idea de que *excepcionalmente* puede no haberlo. Antonino Pío declara abolido, *en principio*, el derecho de desahucio (*invitum te expelli non oportet*) y no lo admite más que en casos completamente excepcionales. Así la relación entre la regla y la excepción es en uno y en otro enteramente opuesta; la excepción de Marcelo se ha convertido en regla; la regla, en excepción.

Entre las causas que cita Antonino Pío (1) no se encuentra la venta verificada por el propietario.

Cuando la opinión corriente admite el derecho de desahucio, aun para este caso, se pone en abierta contradicción con la L. 3, Cód. cit. El propietario, según ella, no puede en caso de venta expulsar al locatario; según Marcelo y Antonino, el locatario está en su derecho si resiste, y si, á pesar de todo, el propietario le expulsa, tiene, como hemos visto, la *actio conducti* para la restitución real de la cosa. El comprador que no se ha convertido en propietario por tradición, la cual no es posible más que con el consentimiento del locatario, no puede tampoco; si no obstante, lo hace, hay que aplicar la decisión de Papiniano en la L. 18, *de vi* (43-16): *emtori non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.* En el caso contrario, el propietario hubiera podido eludir simplemente la disposición de la L. 3, Cód. cit., encargando á otro de practicar el desahucio en vez de hacerlo por sí mismo.

Los textos en los cuales se apoya esta opinión ó la regla, de que la venta rompe el arrendamiento, no contienen esta regla. Tres de entre ellos (2) conceden al legatario de la propiedad ó del usufructo de la cosa arrendada el derecho de desahuciar al locatario. Pero precisamente en su persona no existe el obstáculo que excluye este derecho en la persona del

(1) En esta exposición, puramente histórica, no puedo entrar en el examen teórico de estas causas, y principalmente de la necesidad que el arrendador podía experimentar personalmente de volver á tener la cosa. No examino tampoco hasta qué punto podía aún hacerse uso del punto de vista de Marcelo ante la L. 3, Cód.

(2) L. 59, § 1, *de usufr.* (7-1); L. 32, *Loc.* (19-2); L. 120, § 2, *de leg.*, I (30).

mismo arrendador: la obligación contractual. Sin duda, en el primer texto, el derecho de expulsión del usufructuario se halla basado en la analogía de la venta: *ad exemplum* VENDITIONIS... *potest usufructuarius conductorem repellere;* y otros dos textos (1) reconocen que el locatario está enteramente entregado en manos del comprador; pero el punto decisivo, á saber, si el comprador había ó no recibido la tradición, queda sin resolver.

Si se ha verificado la tradición, todo está en orden; el comprador se ha convertido en poseedor y propietario, y como se ha tomado sobre sí las obligaciones del vendedor, nada se opone á su derecho de desahucio. A este caso hay que restringir, en mi opinión, las decisiones de estos textos, los cuales, por *venditio*, entienden, no la simple conclusión del contrato consensual, sino su realización por medio de la tradición de la cosa.

Tal es el sentido que incontestablemente tiene esta palabra en *ad exemplum venditionis* de la L. 59, § 1, cit.

El paralelo entre el usufructuario y el comprador no hubiera sido justo. Si el jurista no hubiera querido designar al propietario con el término «comprador», tanto hubiera valido asimilar la posición del titular de un derecho real, con la del titular de un derecho personal.

Resulta de las explicaciones precedentes que la regla «venta rompe arriendo», que se cree tomada del derecho romano, no existe realmente en él. Era exacta en el antiguo derecho hasta Marcelo y Antonino Pío; pero fué abolida en el derecho nuevo, puesto que la L. 3, Cód., no cita el caso de venta entre las causas que autorizan al arrendador para disolver el arrendamiento y desahuciar al locatario.

El locatario no debe consentir la tradición al comprador, y ésta no puede hacerse sin su asentimiento. Contra los actos de violencia del propietario ó del comprador, tiene la protección del Derecho. La posición jurídica del locatario se ha mejorado así extraordinariamente en comparación con el derecho antiguo, y esto era quizá lo que los bizantinos tenían en cuenta en su *jus pulchrum* de la L. 3, Cód. cit.

(1) L. 25, § 1, *Loc.* (19.2); L. 9, Cód. *Loc.* (4.65).

Estaba reservado á la teoría romanista, en su afección parcial por la idea romana antigua de la posesión, cerrar los ojos ante el prudente progreso hecho por el derecho nuevo, y hacer revivir en aquella máxima un resto de la época primitiva de Roma, que podía responder al rudo sentimiento jurídico de entonces, ó más bien, que no ha sido impuesto al derecho más que por la preponderancia social de las clases ricas sobre las pobres, pero que ha sucumbido ya, en la Roma nueva, ante el sentimiento jurídico ilustrado y que está en flagrante contradicción, á mi juicio, tanto con nuestro sentimiento jurídico actual, cuanto con nuestras actuales relaciones económicas.

Si los bizantinos vivieran hoy, se asombrarían de lo que ha llegado á ser su *jus pulchrum*, mientras que un romano de la época primitiva quizá lo aplaudiría.

La protección jurídica del tenedor ha recibido, pasajeramente, en los últimos tiempos del Imperio, mayor extensión todavía por consecuencia de la L. 4, Cód. Teod., *unde vi* (4-22), de Arcadio y Honorio, la cual extiende al tenedor una disposición (reproducida en la L. I, Cód. Just., *si per vim*, 8-5), que Constantino, en la L. 1, Cód. cit., había dictado para el posesor. Consistía en el auxilio asegurado al posesor contra la desposesión realizada durante su ausencia. Todos aquellos cuya misión es defender sus intereses: arrendatarios, parientes, amigos, libertos, hasta los esclavos, están autorizados para denunciar el hecho al juez, el cual debe conocer de oficio de la causa, y restablecer inmediatamente el estado anterior.

En apariencia es una enormidad jurídica; se abandona una de las ideas fundamentales del derecho privado, á saber, que el interesado mismo es el único que puede dictar acción; en realidad, Constantino no hacía más que recoger una idea del antiguo derecho romano poniendo las gentes abandonadas bajo la protección de las personas encargadas de velar por sus intereses.

Ya la *lex Hostilia*, de los comienzos de la República, había seguido el mismo camino, permitiendo intentar la *actio furti*, en el caso de robo de las cosas pertenecientes al que había sido reducido á prisionero del enemigo, ó se hallaba ausente en el servicio del Estado, á las personas encargadas de

representarlos (pr., J., *de iis per quos*, 4-10); y no faltan otros casos de aplicación, sea en el antiguo, sea en el nuevo derecho (2). La L. 8, Cód. Teod. *de Jurisd.* (2-1), de Arcadio y Honorio (extractada en la L. 8, Cód. Just., *unde vi*, 8-4), nos ilustra acerca del punto de vista, desde el cual se consideraba esta protección jurídica del ausente; era, en suma, el de la *persecución de oficio* del derecho actual. El medio de derecho que con este fin se da, se designa aquí como *momentariæ possessionis interdictum*, y se le añade la nota siguiente: *quod* NON SEMPER *ad vim publicam pertinet vel* PRIVATAM, *mox audiri*, INTERDUM *etiam sine inscriptione meretur* (2), es decir, *excepcionalmente*, aun sin introducción de una instancia penal, lo que muestra claramente la significación *originaria*, criminal ó de policía, del medio (1).

La disposición de Constantino no indica que la protección haya de pertenecer también al tenedor; no habla más que de la *possessio* sin distinción, lo cual no puede significar más que la posesión jurídica. Pero en la L. 4, Cód. Teod. cit., de Arcadio y Honorio, se completa esta expresión de tal manera, que queda fuera de duda la extensión del medio de derecho al tenedor.

Los palabras decisivas son las siguientes:

> *Sub quocunque igitur* NOMINE *vel* TITULO POSSIDENTI *repetendi copia præbeatur, qui* UTENDÆ REI HABUIT FACULTATEM.

Quien no tenga la idea preconcebida de la imposibilidad de la extensión de la protección posesoria al tenedor, y no cierre además sistemáticamente los ojos á la verdad, no puede negarse á admitir que este texto debe comprender también al tenedor.

(1) Me refiero á la *agere pro libertate pro tutela*, y á los ejemplos que he dado en el *Espiritu del D. R.*, IV, p. 110, n. 157; p. 345, n. 528, entre los cuales hay uno de Justiniano.

(2) El párrafo segundo de la constitución original, da la explicación siguiente *Cum igitur de his rebus* PARVIS AC MINIMIS *tuæ sit injuria potestatis judicare, decretum est. eas tantum* CAUSAS CRIMINALES *a sinceritate tua audiri, quas dignus et meritus horror inscriptionis impleverit.*

Aun cuando *sub quocunque* TITULO debería ser referido al poseedor (oposición del *justus* y del *injustus possesor*), *sub quocunque* NOMINE no puede gramaticalmente ser entendido si no es comprendiendo al propio tiempo al tenedor.

La expresión *possidere*, dicen los Emperadores, debe ser tomada aquí en el sentido más amplio: todo individuo al cual dicho término sea aplicable *gramaticalmente*, tendrá la protección posesoria. Lo cual separa ó aparta expresamente la significación *civiliter*, y comprende también la *naturaliter possidere*, esto es, la tenencia. Cuando los Emperadores añaden aun el miembro de la frase: *qui utendæ rei habuit facultatem*, que se aplica también al colono y al inquilino, no se trata, en verdad, de una simple y pura tautología; trátase, sin duda, de una restricción á lo que precede; el medio no será concedido sino á quien tiene la cosa en sus manos *para sí*, quien tiene un interés en el mantenimiento de la relación posesoria, y no quien no hace más que explotarla para el propietario; en suma, se concede tan sólo al *poseedor* y tenedor *interesado*, pero no se concede al *tenedor por procurador*.

La idea que en el fondo se ofrece, es la de la *protección del interés en el mantenimiento de la relación posesoria*.

A este argumento *gramatical* contenido en esas dos frases, en favor de la extensión del medio al tenedor, se añade aun el argumento real de la organización particular del procedimiento de ese medio. El juez no debe entregarse ahí á un examen atento y detenido de la relación posesoria; el demandante *debe* ser auxiliado inmediatamente; el procedimiento no puede experimentar el más leve retardo—*celeri redhibitione consulere nec judicium dilatione suspendi*—.

---

(1) La opinión dominante no ve aquí más que otro nombre para designar el interdicto *unde vi*. Es un error, según resulta de este texto; el interdicto *unde vi* es una acción penal ordinaria; el interdicto ó la *actio momentaneæ possessionis*, ó, como se dice también, la *actio momenti*, no lo es, si no hubiera podido ser intentada por los esclavos; no es más que la denuncia hecha á la autoridad de un acto de violencia. He tratado de esta acción en mi obra *Del fundamento de la protección posesoria*, págs. 111 y siguientes, y salvo algunas modificaciones sin importancia, mantengo todavía en todas sus partes la opinión que allí defendí, á pesar de las contradiciones de que he sido objeto desde entonces.

Esta expedición inmediata del asunto constituye el rasgo fundamental del medio (1), y así se explica también el nombre de *actio* MOMENTI, *interdictum* MOMENTARIÆ *possessionis*, MOMENTANEÆ *possessionis actio*, y la indicación del fin de la acción: *ad repetendum* MOMENTUM. Lo cual indica en una sola palabra el punto sobre el cual el juez debe hacer que su atención se fije, la existencia de la relación posesoria *en el momento de la dejectio*. El juez no tiene por qué preocuparse con el pasado; debe limitarse exclusivamente á la relación posesoria en el momento de la *desposesión*.

Todas las cuestiones concernientes á la calificación de la posesión: posesión jurídica ó tenencia, *possessio justa* ó *injusta*, lo llevan y dirigen al pasado, al origen, á la *causa* de la relación. De este modo la misión que le incumbía, y que se reduce á restablecer el estado de cosas anterior, se hace perfectamente posible de llenar: PROTINUS, ILLICO, CELERI *reformatione*, *restitutione*, *redhibitione*; en cambio, toda investigación relativa á la calificación de la posesión, haría que su fin se frustase, surgiendo el peligro de: *judicium dilatione suspendi*.

Trátase, en verdad, de la misma idea que en el *summariissimum*; en suma: auxilio jurídico inmediato sobre la base de la prueba á *prima facie*, con exclusión de todas las investigaciones profundas y detenidas, ó de la *res altioris indaginis*. La comparación de los dos medios es exacta aún, en cuanto que el *summariissimum*, lo mismo que la *actio momenti*, descansaba originariamente en la acción de oficio del juez (2); no difieren entre sí más que porque aquélla es *retinendæ*, y ésta *recuperandae possessionis:* con relación al efecto recuperatorio, se parece á la *actio spolii—reintegranda*—que también se otorgaba al tenedor.

Esos tres medios concuerdan entre sí, en que el juez debe

(1) Hállase constantemente señalada en las fuentes. Véase, si no, los textos en mi obra antes citada, pág. 115 nota. Encuéntranse en ella las expresiones siguientes: *juris suffragium quod* IN CELERI REFORMATIONE *consistit* — CELERI *redhibitione*—CELERI *reformatione* — PROTINUS *restituta*—ILLICO *reddatur*.

(2) Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, p. 233 y sigs., en particular el texto que cita de Inocencio: *si ibi est timor armorum* EX OFFICIO SUO DE PLENO *et sine libello judex* COGNOSCERE DEBET, *quis possideat*.

combatir por ellos la violencia, de una manera absoluta, sin detenerse á examinar la calificación propia de la relación posesoria.

La constitución de Arcadio y Honorio no ha sido acogida en el Código por los compiladores; la protección jurídica que ella había otorgado al tenedor le fué de ese modo tácitamente retirada. En las *Pandectas*—L. 1, § 10, *unde vi*, 43-16 —se niega expresamente al colono, á pesar de la contradicción que ello supone, y presenta con lo que precede (§ 9): *dejicitur is, qui possidet, sive civiliter, sive* NATURALITER, *possideat, nam* ET NATURALIS *possessio ad hoc interdictum pertinet*, y en el Código no se encuentra apoyo alguno para decidir lo contrario. Sólo en un punto la disposición parece haber adquirido una existencia definitiva. En el derecho anterior, el *injustus possessor* no encontraba protección alguna contra la *dejectio* violenta de parte del *justus possessor* por medio de *vis simplex*; el interdicto *de vi simplici*, que le pertenecía, se negaba por la *exceptio vitiosæ possessionis*.

En el derecho nuevo esa excepcion no tiene ya valor. Justiniano (§ 6, 3, *de interd.*, 4-15; L. 1, p. *Unde vi*, 43-16) expone esto como derecho vigente, sin notar que esta innovación emana de él. Ahora bien: cuando una innovación le pertenece, acostumbra á decirlo. Sin duda, pues, la ha encontrado anterior á él. El único pasaje de las fuentes que permite seguirla hasta una época anterior, nos lo ofrece la constitución citada antes de Arcadio y de Honorio. Aparece aquí el interdicto *momentaneæ* expresamente concedido también al *sub quocunque* TITULO *possidenti*, es decir, aparece concedido hasta el *injustus possessor*. La calificación de la posesión no debe en manera alguna ser tomada en consideración por el juez; en otros términos: la *exceptio vitiosæ possessionis* está rechazada.

La circunstancia de que nuestra constitución no ha sido acogida por los compiladores de Justiniano, me dispensa de extenderme más y de tratar con mayor detenimiento y profundidad, como sería de rigor si pudiera aquélla pretender revestir una importancia dogmática, por ejemplo, con respecto á la cuestión de saber si ese medio corresponde al tenedor mismo contra el titular de la posesión; si es preciso restrin-

girlo al caso de ausencia de este último, que es el único á quien la constitución se refiere, ó bien, si es necesario extenderlo al caso de presencia.

2. Historia de la noción de tenencia en la Edad Media y en la Edad Moderna.

Trátase de cosas perfectamente conocidas en los puntos á que voy á referirme en las indicaciones que siguen á continuación, y que, por lo tanto, no reclaman explicaciones profundas ni detenidas. Nos representan y ofrecen el curso ulterior de un movimiento progresivo que ya en Roma había comenzado, tendiendo al establecimiento de una relación exacta, y respondiendo al sentimiento jurídico natural y á los intereses económicos, entre la posesión y la tenencia.

La primer fase colócase en la Edad Media.

Cuando ocurrió la recepción del derecho romano, la teoría de la posesión adquirió también un vigor práctico. Esto no pudo ser posible sino á costa de un atentado grave al derecho indígena y de un desconocimiento del sentimiento jurídico nacional; los alemanes, muy particularmente, han debido pagar muy caro la teoría posesoria romana. Según las ideas del derecho alemán, el colono tiene la relación especial denominada entonces *gewere:* estaba, pues, perfectamente garantido; el propietario no podía expulsarle; la venta no *mataba* el arriendo.

Esta sabia idea de la *gewere* del colono fué reemplazada por la tenencia romana; los juristas descubrieron de repente que el colono no tenía la verdadera voluntad de poseer, y que, por tanto, no podía ser más que un tenedor, y no un poseedor. Su suerte resultaba de este modo perfectamente fijada: era la del colono romano en la época del rigor, sin restricciones, de la teoría posesoria romana, á quien el propietario podía expulsar libremente, según su voluntad, y á quien se remitía con sus derechos, fuente del *uti possidetis* de este último, á la acción del contrato. Más romano que el mismo derecho romano, no se tuvo por el nuevo derecho en cuenta para nada el mejoramiento que su posición jurídica recibiera por parte de Marcelo y Antonino Pío; en caso de venta, debía ceder.

De este modo, pues, con el derecho romano fué como los pueblos modernos recibieron el donativo de la cosa más mala que jamás se había producido: la noción de tenencia aplicada á la relación posesoria interesada. Tuvieron que dejarse decir por los juristas que todo individuo que tiene la cosa, no como un propietario ó á la manera de un propietario, y al cual el derecho romano no ha reconocido, á pesar de todo, la protección posesoria, no tiene ningún derecho á ésta, y que el tenedor es, en cuanto á la relación posesoria, un hombre fuera de la ley.

Los mismos juristas no han disimulado la contradicción grave que va implícita en esta regla con el buen sentido jurídico del pueblo. Impotentes para resolverla completamente para la relación indicada, excluyéndola en principio y á pesar de las fuentes romanas, la noción romana de la tenencia, á lo menos, han hecho cuanto les era posible para conceder en todos los casos al tenedor una protección restringida contra los actos de violencia. Tal era el objeto del *summariissimum* y de la *actio spolii—reintegranda—*; uno y otra fueron otorgados sin distinción al tenedor como al poseedor. Verdad es que frente al titular de la posesión, uno y otra no tenían gran importancia para el tenedor; no la garantizaban contra él más que *provisionalmente*, no *definitivamente;* no implicaban ni presuponían prejuicio alguno respecto del *possessorium ordinarium*. A este último aplicábase en todo su rigor la teoría posesoria romana: colono é inquilino debían ceder, sin poder en la reclamación ó instancia posesoria prevalerse de las cláusulas de su contrato.

En el número de las extensiones que en la Edad Media recibiera la proteccción posesoria, tanto la del tenedor como la del poseedor, cuéntase también la extensión que Inocencio III daba por su célebre *Caput: sæpe contingit* (C. 18, X, *de rest. spol.*, 2-13), á la *actio spolii* contra el tercero *malæ fidei possessor*. En mi concepto, esta disposición de aquel de los Papas romanos que mejor ha conocido el derecho romano, es uno de los progresos más preciosos y más penetrantes que la teoría posesoria romana ha hecho nunca, explicándose la condenación de Puchta (*Pandekten*, § 135, c.) únicamente por falta de vistas

prácticas, y por un servilismo ó sumisión exagerada hacia el formalismo doctrinario.

En efecto, ¿por qué Puchta lo condena?

Porque la *idea* de la posesión implica que no puede ser protegida sino contra aquel que la ha atacado inmediatamente. Pero ¿y la idea? ¿Dónde la encontraremos? Seguramente no es una intuición innata; además la idea de la posesión *romana* no puede indudablemente buscarse sino en el *derecho romano*.

Ahora bien: entre los romanos, durante varios siglos antes de los cambios introducidos por Justiniano, el interdicto *utrubi* se otorgaba contra los terceros. Si el pretor romano no ha encontrado ahí una contradicción con la idea de la posesión, ¿cómo y por qué Puchta quiere imputar como crimen á Inocencio el no haber hecho lo que el pretor había hecho antes de él? La consideración que lo movía á ello era perentoria. Si la acción posesoria no se otorga más que contra quien ha arrebatado de un modo inmediato la posesión, el camino resulta completamente trazado para paralizar los efectos. Quien siente deseos de apoderarse de la posesión, encarga á otro. Al efecto, tiene buen cuidado de elegir á un individuo que no tiene nada, y que puede, por consiguiente, dejarse condenar sin temor, y que le cede inmediatamente la posesión.

¿Para qué va á servirle al expulsado el interdicto *unde vi* contra el *dejiciens*? Para nada absolutamente. Verdad es que si puede procurarse la prueba de que esta expulsión ha sido hecha por orden de otro, será fácil acudir en su auxilio; pero si las dos personas no le hacen el obsequio de darle á conocer la convención, le costará no poco probarla.

Se me objetará, quizá, que la misma dificultad se presenta con relación á la prueba de la *mala fides*. Mas para esto bastaba siempre sólo la prueba de que la situación posesoria anterior era *conocida* por el demandado. Si la conocía, hallábase su *mala fide* adquiriendo la cosa, sin procurarse más seguros informes de un individuo que no tenía la posesión anteriormente.

La idea que guiaba á Inocencio era, pues, la idea tan excelentemente cuerda de asegurar al poseedor su posesión contra la neutralización del medio recuperatorio que le pertenecía.

De este modo ha venido á colmar una laguna indiscutible

que contiene la teoría del interdicto *unde vi* romano, á lo menos tal cual se presenta en nuestras fuentes, por lo que ha procedido con plena razón y fundamento el proyecto de Código civil alemán, en el § 818, al conservar la regla que ha introducido.

¡Cuánto más alto no resulta el Papa del siglo XIII que el jurista del siglo XIX!

Y eso que éste era uno de los más eminentes, honra preclara de nuestra ciencia, á pesar de su amor hacia el formalismo lógico. En el Papa, la apreciación clara de lo que en la práctica es preciso, *non obstante juris civilis rigore*, como él mismo añadía; en Puchta, el sacrificio completo de esas necesidades en el interés exclusivo de una pretendida corrección teórica.

Todo cuanto la Edad Media ha hecho por el tenedor se resume en esta proposición: frente al titular de la posesión, su posición, á consecuencia de una falsa interpretación del derecho romano, se ha empeorado más bien que mejorado; pero, en cambio, por medio del *summarissimum*, de la *actio spolii* y de su extención contra el tercer poseedor, se le ha procurado una protección posesoria completa, lo cual, al fin y al cabo, debe considerarse como un progreso muy notable con relación al derecho romano.

El último paso dado para el mejoramiento de la situación del tenedor, la protección contra el titular de la posesión, se ha hecho esperar durante mucho tiempo, no habiéndose verificado sino en el siglo último.

Y de este modo tocamos ya en la época moderna con el período de la abolición del derecho romano por las legislaciones nacionales.

Se experimenta una singular impresión al ver que hasta aquellos mismos Códigos que en realidad se han separado del derecho romano, reconociendo al tenedor romano la plena protección posesoria, no han tenido, sin embargo, el valor suficiente para echar por tierra la teoría del *animus domini*. El dogma enseñado por la ciencia, de la necesidad indispensable del *animus domini* para la verdadera y efectiva posesión, pasaba por inquebrantable y ha pasado en casi todos los Códi-

gos (1). Sus autores respectivos se hubieran comprometido científicamente si no hubieran rendido al dogma indicado los honores que le eran debidos. Pero en algunos sólo se contiene y manifiesta un simple respeto, dejando al hombre, que puede vanagloriarse de poseer el *animus domini*, el honor de llamarse exclusivamente poseedor, en tanto que el que no goza de este beneficio debe darse por contento con llevar el nombre de «poseedor incompleto» *(unvollständiger Besitzer)*, como se dice en el *Landrecht prusiano*, ó el de tenedor—*Inhaber*—según el proyecto de nuestro Código civil—el del Imperio de Alemania.

La innovación que el *Landrecht* prusiano introdujo con respecto al aspecto práctico de la relación jurídica del tenedor, es, á mi ver, la más importante de cuantas se pueden registrar en la historia de la posesión en general, tanto en Roma como entre nosotros. Consiste tal innovación en que la protección posesoria se reconoce al tenedor del derecho romano, en la relación de tenencia de *propio interés*, con el nombre de *poseedor incompleto* (I, 7, § 11), mientras que con relación al *simple tenedor de hecho—blessen Inhaber*—ó sea, usando los términos de mi lenguaje, al tenedor *por procuración—procuratorischen Detentor*, se queda en el derecho romano. Así dice: «Aquel á cuyo nombre el simple tenedor posee, puede en todo tiempo, por su propia autoridad, privarle de la guarda» (*ib.*, § 144), con esta restricción únicamente: «sin embargo, no se permitirá, ni aun al poseedor indicado, servirse de una violencia privada ilícita, en virtud de la cual se perturben el reposo y la seguridad públicos, ó bien se perturbe al tenedor en el goce de los demás derechos» (§ 145).

La noción romana de la tenencia, ó lo que viene á ser lo mismo, el derecho de posesión del titular de la posesión, queda de ese modo reducido á sus justos límites.

Con idéntico fundamento, Suárez, que puede reclamar en esto, como de ordinario, el mérito de ese prudente y oportuno

---

(1) Puedo dispensarme de detenerme aquí en los detalles, remitiéndome al efecto á Stobbe: *Handbuch des deutschen Privatrechts*, II, § 75. En cuanto al derecho bávaro y al *Landrecht* prusiano, puede verse además la obra de Bruns, *Recht des Besitzes*, §§ 48 y 49.

progreso (1), ha rechazado la falta de protección del tenedor frente al señor ó titular de la posesión, en la relación de tenencia de propio interés—relación del colono, del inquilino, del comodatario—, manteniéndola en cambio en la relación de tenencia por procurador.

Por lo demás, la seguridad, ya legalmente establecida con anterioridad (2), en favor del inquilino y del colono, en caso de venta de la cosa, se refiere de un modo íntimo á ese punto de vista nuevo. Nada se opone á la venta y á la transmisión de la propiedad por el arrendador, pero sin que puedan dirigirse ataques contra los derechos de esas dos categorías de personas. Su relación, nacida del contrato, pudiera decirse, empleando la terminología romana, que se ha erigido en *jus in re* (I, 21, § 2). El comprador sucede activa y pasivamente en la relación obligatoria al vendedor (3). Desde el punto de vista de la teoría romana, es una regla esta que resultaría también muy discordante: en cambio, desde el punto de vista práctico, tal es el único aspecto justo de la relación (4).

Y hemos ya llegado al fin.

La continuación de la historia de la noción de tenencia en los últimos tiempos de Roma ha llegado á su conclusión con la erección del ocupante interesado en poseedor, realizada por el derecho prusiano y por algunos otros derechos modernos.

---

(1) La crítica notable, á la cual somete la teoría romana de la posesión, pone eso fuera de duda. Véase esto en Bruns, ob. cit., p. 435. Naturalmente, su trastorno completo de la teoría romana de la posesión no ha tenido buena acogida entre los doctrinarios, ni aun en Bruns (ob. cit., p. 471). Y sin embargo, en razón de sus penetrantes investigaciones acerca del desenvolvimiento histórico del derecho de posesión en la época moderna, Bruns hubiera debido llegar primero que nadie á considerar la posesión muy de otro modo á como se considera desde el punto de vista romano, ó mejor, romanista.—Pero la necesidad del *animus domini* en la posesión es para él también, como más arriba hemos visto, una verdad inatacable, un arca santa de la lógica.

(2) V. O. Fischer, *Soll Kauf Pacht und Miethe Brechen?* Berlín, 1888, p. 84.

(3) Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, tomo I, 2.ª edición, § 291.

(4) Para la transmisión activa se ha querido recurrir al punto de vista de la cesión—Dernburg, ob. cit., nota 6—, sin necesidad, en mi concepto. Si en virtud de la ley, sólo la relación de obligación pasa pasivamente al comprador, ¿por qué no ha de pasar también activamente? En la discusión de esta posibilidad obra aún un último resto de la concepción romanista.

El proyecto de Código civil alemán ha dado un paso más reconociendo la protección al tenedor (*inhaber*) sin distinción, y por lo tanto, al tenedor por procuración. Pero eso no pertenece todavía á la historia, siendo de esperar que nuestro futuro Código no lo haga.

Más arriba decía que la historia ulterior de la tenencia romana iba á revelarnos el juicio de la historia acerca de la noción romana antigua de la tenencia. Ahora conocemos ya la crítica que la historia ha formulado y aplicado sobre esta noción. La noción romana de la tenencia, en su forma originaria, no ha resistido á la prueba histórica: no se la debe contar entre las ideas sanas, viables y vigorosas del derecho romano, que ponen de manifiesto su salud y su vitalidad en la manera como crecen, se desarrollan, prosperan; no debe contársela entre las ideas imperecederas, sobre las cuales la crítica de la posteridad nada ha podido hacer, sino que es preciso contarla entre las ideas más frustradas que la historia del derecho romano ha podido registrar: imagen fiel de las circunstancias económicas imperfectas y de las tendencias brutales de la época antigua, y por ello mismo condenadas por adelantado á la suerte que merecían, esto es, á no progresar, crecer, prosperar con el desenvolvimiento de la vida económica y del sentimiento del derecho, sino más bien á retroceder más y más, hasta sucumbir por último ante ellos. La historia de todas las demás ideas del derecho de las cosas en Roma, es un *progreso* incesante; la de la noción de la tenencia, un *retroceso* incesante, hasta que por fin ha llegado al único punto en que es tan legítima como indispensable: á la relación de tenencia por procuración.

En resumen: la historia ulterior de la tenencia nos presenta la lucha de la noción de tenencia con la noción de posesión. Pero, detrás de las *nociones*, se encuentran en la vida práctica los *intereses*: ellos son, en verdad, los que han dado vida á los hechos jurídicos, á los cuales el jurista, por medio de sus nociones, debe dar tan sólo una forma conveniente. No son, pues, las nociones de posesión y de tenencia las que luchan entre sí, como si únicamente se tratase de saber cuál de las dos merece y debe alcanzar el premio, sino que son los intereses prácticos reales de la vida, los que se hallan en juego, cuando se plantea

la cuestión de saber si en una relación dada se debe admitir la tenencia ó la posesión.

Toda la historia de la distinción entre la posesión y la tenencia, no sólo el epílogo antes descrito de la historia de la noción de tenencia, sino también la historia descrita anteriormente, á partir del momento en que esta noción ha dejado la casa romana, atestigua claramente, y de un modo incesante, la fuerza impulsiva de la idea única y siempre la misma: la idea del *interés*. Esta sola idea encierra todo cuanto nos representa: es el muelle del reloj que produce el movimiento.

Vamos ahora á fijar ese punto de vista en las diversas fases históricas de la relación de posesión derivada, desde la época más apartada, en Roma, hasta el presente. Son tales fases históricas cuatro, á saber:

1. *La primera.*—Preséntanos esta fase histórica la oposición del poseedor y del tenedor en los tiempos primitivos. Trátase de la relación del propietario territorial con la gentes subordinadas, clientes (1), colonos, á los cuales aquél había dejado el uso de una porción de su tierra ó de una parte de su casa á cambio de servicios, de prestaciones en especies, en dinero, y á quienes podía expulsar en todo tiempo.

Desde nuestro punto de vista de los intereses puede decirse lo siguiente: el *unico* criterio tomado en cuenta y al cual se atiende en esta fase, es el *interés del propietario:* el interés del tenedor no se tiene presente para nada; he ahí lo que puede estimarse como idea dominánte.

2. *La segunda.*—El derecho, en esta otra fase histórica, elévase hasta la idea de proteger jurídicamente el interés que pueden tener *varias* personas en una misma y única cosa. Al lado del propietario, otras personas—que más arriba dejamos indicadas—encuentran también protección para su relación posesoria. En las servidumbres personales y prediales, y en la superficie, se ha resuelto ese problema de la doble posesión bajo la forma de la *posesión del derecho—Rechtsbesitzes—*. La posesión de un derecho encuéntrase en este caso frente á la po-

(1) Ya hemos visto antes oportunamente que tampoco eran éstos sino verdaderos tenedores.

sesión de una cosa—*Sachbesitz*—, en la misma relación que el *jus in re* respecto de la propiedad.

El fenómeno que en el terreno de la propiedad se ha producido, se renueva en el terreno de la posesión; la protección posesoria se ofrece aquí, como siempre, al lado de la protección petitoria: sin ella resultaría esta última una ilusión pura. En cuanto á las otras dos relaciones señaladas en el lugar indicado, los juristas romanos no parece que hayan acudido al punto de vista de la posesión de derecho, y así nos encontramos sin más ante el hecho brutal, según el que, el tenedor goza de la protección posesoria.

3. *La tercera.*—Esta fase histórica acoge de nuevo la idea de la primera fase, pero cambiándola por completo. La posesión se traspasa del propietario á la parte contraria; ésta es exclusivamente protegida. El propietario no es ya protegido por el posesorio. Tal es la relación de posesión derivada en derecho romano y de posesión imperfecta en el derecho prusiano. Desde nuestro punto de vista puede decirse lo siguiente: *se toma en consideración únicamente* el interés, en la persona del tenedor de hecho.

Esta situación de la relación es sin duda extraña. El propietario tiene aquí, seguramente, el mismo interés que en los casos de la primera y de la segunda categoría. Ahora bien: ¿por qué razón no obtiene del propio modo la protección posesoria?

No le han faltado buenos motivos al derecho para negársela, limitándole en lo tocante á la protección de su interés al camino que también debe seguir el tenedor, á saber: al camino que supone la acción del contrato. En lo referente á los motivos que han hecho conceder la posesión al adversario, puedo remitirme á las explicaciones dadas ya anteriormente. Reemplazándole obtiene la protección posesoria para estar á cubierto por la cosa de sus mejoras. El secuestro la obtiene, porque mientras dura la situación que el embargo supone, no hace falta que ninguna de las partes esté en situación de obrar sobre él. El acreedor con prenda la obtiene, porque el fin de la prenda exige su libertad, su independencia completa frente al deudor. La propiedad de esta cosa se pone en sus manos: pudo trans-

mitirla á otras personas: prácticamente ocupa la misma posición que el propietario fiduciario: la de un propietario que dispone de su cosa siendo su propio interés la garantía más adecuada de que no la destruirá ó de que, si la pierde, la recuperará por los medios del derecho que á su disposición tiene.

Ahora bien: ¿por qué el deudor ha de ser jurídicamente protegido contra el acreedor con prenda, mientras dura el contrato de prenda? Tiene tiempo de esperar que semejante relación haya cesado, y entonces la *actio pignoratitia* le procura el medio perfectamente suficiente para hacer valer sus pretensiones. El enfiteuta obtiene la posesión real tanto en su propio interés cuanto en el del propietario del fundo. El interés de este último está perfectamente á cubierto por su derecho al canon y por su derecho de retracto, que pueden hacer valer tanto el uno como el otro bajo la forma de una acción personal.

El derecho prusiano ha admitido de un modo exactamente igual la misma situación para la relación del poseedor frente al propietario. También aquí se hubiera podido invocar la noción de la posesión jurídica ó del derecho—*Rechtsbesitzes*—. Desde el punto de vista de la construcción jurídica hubiera eso equivalido á aconsejar en ese sentido que la posesión real en la persona del propietario hubiera podido ser invocada, para justificar jurídicamente ciertas facultades indispensables en la relación de arrendamiento, por ejemplo, la entrada en el fundo ó en la casa con personas deseosas de comprar ó de arrendar, ó la ejecución de reparaciones necesarias, simples facultades en las cuales los juristas romanos veían actos de posesión (L. 3, § 3, *uti poss.*, 43 17). En la práctica, la invocación por el propietario de la obligación contractual de sufrir esos actos el colono ó el inquilino, basta perfectamente.

4. *La cuarta.*—Esta fase histórica tiene por objeto la tenencia por procuración. Sirve *exclusivamente* al interés del *señor de la posesión—Besitzherrn—*. La admisión de la posesión en su persona, y de la mera y simple tenencia en la del representante, no es más que la expresión adecuada de lo que implica la idea de interés.

En la ojeada que precede no he mencionado especialmente el aspecto particular de la relación posesoria en el precario.

Más arriba hemos demostrado que en él también la idea del interés era la base de la posesión real en la persona del precarista: el interés del propietario en el precario por procuración; el interés del precarista en los demás casos de precario. El interés del propietario de recabar en todo tiempo la posesión, estaba á cubierto por el derecho de expulsión, que se le reconocía como *possesor justus* contra el *possessor injustus*, y por el interdicto *uti possidetis*, que le correspondía en caso de resistencia. El interdicto *de precario* no tenía el carácter de una acción posesoria: no tenía por base la idea de obligación. Resulta eso de la circunstancia de que mediante este interdicto el demandante podía también hacer valer sus pretensiones obligatorias en razón de *dolus* y de *culpa lata*, todo lo cual trasciende de la esfera propia de la acción posesoria.

Según lo que precede, lo que nos da una orientación adecuada para penetrar y entender el sentido del desenvolvimiento histórico de la distinción entre la posesión y la tenencia, es la idea del interés. De la voluntad de poseer que, según la teoría dominante, ha hecho surgir esa distinción, en parte alguna se encuentra la menor huella, ni en los primeros momentos de su aparición en el seno de la familia romana, ni después de haber salido de ella, ni luego en todo el transcurso de su historia ulterior. Donde quiera, pues, la idea del interés es á la que la posesión presta sus servicios. La idea de una oposición en el seno mismo de la voluntad de poseer se apoya y descansa en una abstracción errónea de un jurista romano del derecho nuevo. Y no ha servido nunca para más que para perturbar durante lo menos quinientos años la teoría romanista. No tiene la menor importancia para el derecho de posesión, tal cual los romanos mismos lo han organizado (1).

(1) En la edición alemana de este libro se contiene un capítulo acerca del Proyecto de Código civil alemán, en lo relativo á la posesión y la tenencia. Este capítulo no entra, en rigor, en el cuadro propio de la obra; así que en otras ediciones se ha suprimido, de conformidad con el autor, dejando así íntegra y escueta la crítica de la doctrina reinante acerca de la voluntad en la posesión, que es lo que tiene un interés más general.—*(N. del T.)*

XIX

Conclusión.

Creo haber sentado hasta la evidencia que la teoría reinante sobre la voluntad de poseer es insostenible. Pero ¿qué resulta de aquí desde el punto de vista de la exactitud del método reinante? Es posible que esta teoría sea errónea, á pesar de un método exacto, y que la mía sea exacta, á pesar de un método erróneo. ¿Cabe hacer responsable al método de la ciencia de los errores cometidos por ésta? No, ciertamente, en una porción de casos; pero hay también errores ocasionados por un método de observación ó de investigación falso é impropio, dada la naturaleza del objeto. Esos errores acusan irremediablemente el vicio del método; un error sólo de ese género puede poner el vicio de manifiesto, porque aquél hubiera sido imposible con un método exacto, ni más ni menos que un solo juicio, una sola pregunta, un solo aserto, pueden revelar el grado de instrucción, la manera de pensar de un hombre. Doy á semejantes juicios, preguntas ó asertos el nombre de sintomáticos: pintan al hombre entero. Lo mismo pasa con ciertos errores científicos: son de naturaleza *sintomática;* denuncian un vicio del método. Este mismo vicio del método habrá producido, sin duda, numerosos errores; mas para probar su existencia no es necesario reunir éstos. Para inferir de la manzana el manzano, y de la ciruela el ciruelo, no es necesario reunir todos los frutos que sobre esos árboles hayan brotado. Las manzanas no se producen en el ciruelo, ni las ciruelas en los manzanos; la suma de los frutos

hace falta para probar la *fecundidad*, no la *naturaleza* del árbol: para nuestro caso un fruto basta. En otro sitio yo haré la prueba de que el método inexacto de nuestra doctrina ha producido una porción de frutos pasados; me he atenido aquí á uno solo, y creo haber probado de un modo suficiente en este libro su ruín naturaleza.

He elegido la posesión como *prueba típica* del método de nuestra moderna jurisprudencia, porque bien pudiera creerse que ha sido predestinada á dar una muestra de todas las faltas imaginables que aquélla pueda cometer. Parécese al caballo patológico de las escuelas de veterinaria, destinado á mostrar todos los defectos y enfermedades del caballo.

He aquí una lista de todas las faltas cometidas, para que se me diga si quedó alguna por cometer: para el razonamiento de mi punto de vista crítico, me remito á los pasajes respectivos de la obra:

1. Se ha guardado silencio acerca de las decisiones contrarias de las fuentes (XV).
2. Se han aceptado sin crítica las abstracciones puramente doctrinales de los juristas romanos (*animus possidentis:* XIV; *constitutum possessorium:* X).
3. No se ha tenido en cuenta el lado histórico de la cuestión (VII, VIII, XVIII).
4. No se ha dicho una palabra acerca de la cuestión de la prueba (IX).
5. Se ha prescindido por completo del lado legislativo de la cuestión, y no se ha intentado crítica práctica del supuesto estado de cosas en derecho romano.
6. Se ha realizado con la mayor violencia el punto de vista formalista sentado, maltratado la lengua, el sentido común, formulando premisas no probadas y conclusiones erróneas, haciendo lógica oportunista contradictoria consigo misma (XIV); en suma, se ha sido incorrecto aun desde el único punto de vista en que la teoría parecía ser inatacable: la *Lógica*.

¿He probado yo el vicio del método? Estimo que sí, si es verdad que por el fruto, la manzana, se conoce el árbol, el manzano. Nuestra jurisprudencia no se hubiera confundido de ese modo á tomar como brújula el *fin* de las relaciones posesorias.

La cuestión de la prueba y el lado legislativo hubieran sido suficientes para salvar el escollo.

Hagamos ahora la contraprueba. No me detendré en el valor práctico de los resultados que he obtenido: hablan éstos por sí mismos. La distinción entre la posesión y la tenencia se ofrece como la cosa más sencilla del mundo. Hállase contenida en *el obstáculo para la posesión residente en la persona del tenedor*. La cuestión de la naturaleza de la relación posesoria encuéntrase de ese modo libre de las fluctuaciones de la voluntad subjetiva: es tan clara objetivamente como fácil de resolver. La *regla del derecho*, y no la *voluntad*, es quien decide de la posesión y de la tenencia. El orden y la seguridad reinan en todo. La cuestión de la prueba es como se desea. El obstáculo á la posesión no debe ser tratado de modo distinto al de la usucapión: uno y otro son cuestión de prueba contraria.

Los obstáculos de la posesión son de derecho positivo, siendo preciso preguntar lo que ha determinado á los romanos á exexcluir la posesión en ciertos casos, á pesar de la reunión de sus condiciones legales. Y aquí es donde entra en escena el *fin* ó el *interés práctico* que nos ilumina todos los fenómenos que en la materia aquí percibimos, aunque sea el más enigmático de todos, v. gr., el *precario*.

La cuestión de la posesión y de la tenencia, es una cuestión de interés.

Tal es la clave que nos abre el conocimiento de todos los desenvolvimientos dados á esta distinción desde los tiempos romanos más remotos hasta nuestros días.

No ha sido obra del azar esos descubrimientos, ni los debo yo á una de esas felices inspiraciones cuyo origen se ignora; todo ha sido cosa de la aplicación metódica del punto de vista desde el cual considero todo lo que forma parte del mundo del derecho: el fin práctico en materia de derecho. Sin duda, las fuentes fueron las que empezaron á destruir mi fe en la teoría reinante: no pueden sus decisiones conciliarse con ella. Pero entre esa primer duda y la construcción completa de mi teoría había un largo camino, que yo he recorrido con el fin en la mano.

Estoy convencido de que si yo dijese á un espíritu pers-

picaz ignorante de mi teoría: la teoría reinante sobre la posesión y la tenencia es falsa; toma por brújula la idea de fin para descubrir la verdadera teoría; examina desde ese punto de vista qué motivo práctico puede haber dado vida á todos los fenómenos con que tropiezas: convencido estoy, digo, de que acabaría por encontrar lo mismo que yo he encontrado. Debe, sin duda, tener el conocimiento de la época antigua de Roma é identificarse con ella: nada serviría sacar odiosas conjeturas de los hechos de nuestra vida actual. No basta preguntarse: ¿para qué habrá servido tal ó cuál cosa en la época antigua? sino: ¿qué hubiese hecho yo, si hubiese vivido en esa época, para alcanzar tal ó cual fin con los medios que el derecho ponía á mi disposición? Tal es la manera de poner en práctica el método realista con relación á la *historia del derecho*; la idea de fin aplicada á la solución de los problemas históricos del derecho, es, puede decirse, la *Heurística de la historia del derecho*. Tomando por base lo que nos ha sido transmitido sobre el derecho, los usos del pasado y la manera de obrar, hace surgir la época antigua no sólo en sus relaciones exteriores, sino también en su manera íntima de ver, á fin de darnos una respuesta á las cuestiones que una tradición defectuosa se niega á resolver. Comienza aquélla, pues, en realidad, donde cesa la manera habitual de escribir la historia ó el método *descriptivo*. Y á ella es á quien yo debo la solución de una porción de problemas de la historia del derecho, estando convencido de que revelará su fecundidad para la ciencia en la medida misma en que el método formalista ceda ante el realista.

Entonces, y sólo entonces, quedará reducida á la nada la insípida objeción sacada de la falta de testimonios exteriores de las fuentes, con que tantas veces hemos tropezado, y que se pondrá en campaña—no lo dudo—contra varias de las opiniones emitidas en esta obra, por ejemplo, respeto del fin del precario. El porvenir sabrá apreciar la fuerza probatoria de la idea de fin, aun para las cuestiones de la historia del derecho.

FIN


600089784

INDICE